


مجلة الشريعة والقانون

مجلة علمية مُحكَّمة تُعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية

"نصف سنوية"

العدد التاسع عشر – ربيع الثاني ١٤٢٤هـ – يونيو ٢٠٠٣م

تصدر عن مجلس النشر العلمي- جامعة الإمارات العربية المتحدة

ردمد: ١٦٠٨-١٠١٣

تُفهرس المجلة في دليل أولريخ الدولي للدوريات تحت رقم 349199




بسم الله الرحمن الرحيم



الاشتراكات السنوية:

نوع الاشتراك	الإمارات	الدول العربية	الدول الأجنبية	سنوات الاشتراك
أفراد	٣٠ درهم	٤٠ درهم	١٠ دولار	**سنة**
مؤسسات	٦٠ درهم	٨٠ درهم	٣٠ دولار	
أفراد	٥٥ درهم	٧٥ درهم	٢٥ دولار	**سنتين**
مؤسسات	١١٠درهم	١٥٠ درهم	٥٥ دولار	
أفراد	٨٠ درهم	١١٠ درهم	٣٥ دولار	**ثلاث سنوات**
مؤسسات	١٥٠درهم	٢٠٠ درهم	٨٠ دولار	

تُدفع الاشتراكات بإحدى الطرق الآتية:

١- إما بشيك مصرفي لصالح مجلة الشريعة والقانون على أحد المصارف الإماراتية.

٢- أو بتحويل مصرفي لحساب جامعة الإمارات العربية المتحدى لدى بنك الاتحاد الوطني رقم ١٠٠٢٧٧٧-٨٢٠ ويُرسل صورة من إيصال التحويل إلينا.

تُوجه جميع المراسلات والبحوث باسم رئيس هيئة التحرير وذلك على العنوان الآتي:

مجلة الشريعة والقانون

العين – ص.ب ١٥٥٥١- دولة الإمارات العربية المتحدة

هاتف ٧٥٥٤٣٣٦-٣-٩٧١ فاكس ٧٥٤١٢٢٦-٣-٩٧١

البريد الإلكتروني: Sharia_law.journal@uaeu.ac.ae

موقع المجلة على شبكة الإنترنت: http://sljournal.uaeu.ac.ae

أهداف المجلة وقواعد النشر

أوّلاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون نصف سنوية مُحَكَّمَة مُتخصصة تُصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى:

١ - نشر البحوث المبتكرة والتي يُعِدُها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذه المجالات.

٢ - توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة وَنَظِيراتهَا في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية.

٣ - معالجة القضايا الإنْسَانِيَّة المعاصرة في إطار الشريعة والقانون، لا سيما ما يختص منها بدولة الإمارات العَرَبِيَّة المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤ - متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالات المذكورة، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥ - إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تُصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم.

ثانيًا: قواعد النشر

١- تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه والدراسات الإسلامية والقانون بفروعها، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢- تخضع البحوث المقدّمة إلى المجلّة للتقويم والتحكيم حسب القواعد والضوابط التي تلتزم بها المجلة؛ قصد الارتقاء بالبحث العلمي في مجال الشريعة والقانون ومن تلك القواعد سرية التحكيم.

٣- يجب اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعيَّة في البحوث العلمية.

٤- أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٥- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٦- يجب أن يكون البحث خَالِيًا من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٧- على الباحث أن يختم بحثه بخلاصة تبين النتيجة والرأي أو الآراء التي تضمنها.

٨- تُقبل البحوث باللغة العربية أو الإنجليزية أو الفرنسية.

٩- ألا يتجاوز البحث المقدّم على أربعين صفحة من الحجم العادي عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق.

١٠- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، وألا يكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو تم إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار بخط البحث وتوقيعه.

١١- يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه لأي جهة أخرى للنشر حتى يصله رد المجلة بصلاحية بحثه للنشر من عدمه.

١٢- يلتزم الباحث بإجراء تعديلات المحكمين على بحثه وفق التقارير المرسلة إليه، وموافاة المجلة بنسخة معدلة.

١٣- يجب أن يكون البحث مرقُونًا على الحاسوب، وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه مع نسخة على قرص مرن (ديسك) بواسطة برنامج (WORD97) ومابعد.

١٤- يرفق البحث بسيرة ذاتية للباحث.

١٥- يرفق البحث بملخص باللغتين العربية والإنجليزية بما لا يزيد كل ملخص على صفحة.

١٦- يُخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لا تتجاوز أربعة أشهر من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.

أولوية النشر:

أ - البحوث المرتبطة بمجتمع دولة الإمَارَات العربية المتحدة.

ب - تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة.

ج - تنويع البحوث مَوْضُوعًا.

ملاحظات:

١ - ما ينشر في الْمَجَلَّة من آراء يعبر عن فكر أصحابها ولا يمثِّل رأي الْمَجَلَة أو اتجاهها.

٢ - ترتيب البحوث في الْمَجَلَّة يخضع لاعتبارات فنية.

٣ - لا تُرَد البحوث المرسلة إلى المجلة إلى أصحابها، نُشِرَتْ أم لم تنشر.

٤ - تستبعد المجلة أي بحث مخالف للشروط المذكورة.

٥ - لا تدفع المجلة مكافآت مقابل الْبُحُوث المنشورة أو مراجعات الكتب أو أي أعمال فكرية ما لم يكن بتكليف منها.

٦ - يُعطى الباحث نُسختين من المجلة وخمسٌ وعشرين فصلة من بحثه.

محتويات العدد



كلمة العدد

ضرورة تقنين التجارة الإلكترونية

تُعَـرَّف الـتجارة الإلكترونـية بأنها مجموعة متكاملة من عمليات عقد الصفقات وتأسـيس الروابط التجارية وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل إلكترونية، وتتركز هـذه النوعية من التجارة في استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت كأساليب جديدة لممارسة التجارة بكل أنواعها وتخصصاتها.

وتُعَـدُ أهـم قطاعـات التجارة الإلكترونية السلع الاستهلاكية والكتب وبرامج المعلومات والترفيه والألعاب والخدمات كالوساطة التجارية كحجوزات التذاكر والفنادق وأسباب وعمليات البورصة في الأسواق المالية والاستثمارات.

ولقد انتشرت التجارة الإلكترونية في معظم دول العالم سواء المتقدمة منها أو النامية عـلى حـد سواء وأثبتت نجاحها نتيجة لما شهده العالم من التقدم التقني الهائل وازدياد الـترابط بين الأسواق، وأن المستقبل المتوقع يُبَشر لها بتطور هائل على المستوى العالمي. وسـتكون أهم الظواهر المميزة في العقد المقبل. وحيث تُشير التوقعات إلى ارتفاع حجم التجارة الإلكترونية هذا العام (٢٠٠٣م) إلى (١٠٣) مليارات دولار.

وتُعد ظاهرة تنظيم المعلومات والخدمات التي تبثها شبكات الإنترنت ظاهرة عالمية إذ لاتعـرف حدوداً جغرافية، سواء بالنسبة للمرسل أو المستقبل، حيث يستطيع المشترك في خدمـات الإنترنـت أن يُرسل أو يستقبل المعلومات بدون أي اعتبار لحدوده الجغرافية، ويرتـبط بذلك أن التجارة الإلكترونية تتميز بثلاثة أمور؛ هي محلاً لتطبيق أحكام قانونية خاصة بها:

(١) إبرام العقود بين مورد السلعة أو الخدمة وطالبها وهما على مسافة كل واحد من الآخر.

(٢) الـتجارة الإلكترونية لا تتقيد بالحدود، الأمر الذي يطرح عدداً من المسائل القانونـية أهمهـا القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع، وحماية العلامات

المسجلة واللغة التي يتعين إبرام الصفقة بها، والأنظمة المصرفية الواجب التقيد بها ومراعاتها.

(٣) التجارة الإلكترونية تقوم على التعاقد بدون مستندات أو مرتكزات مادية، الأمر الذي يُثير مسألة التزامات الأطراف المتعاقدة، وما يُثيره ذلك من مسؤولية مدنية عقدية أو تقصيرية والتعويض عن الأضرار الناتجة عن قيام المسؤولية بل وأن المسؤولية الجنائية قد تُثار هنا، ولابد لها من حلول خاصة مع الفراغ التشريعي في هذا المجال.

حيث ذكر أحد الأشخاص العامة عند تعرضه للحديث عن قرصنة الإنترنت بأنه لايوجد تجريم واضح في قانون العقوبات الإماراتي لمثل هذه الجرائم الحديثة المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات وقد ذهب الفقه في فرنسا ولوجود الفراغ التشريعي إلى تطبيق قانون الصحافة على القرصنة الحادثة لشبكات الإنترنت وكل ذلك جعل العالم يبحث في مسألة وضع التشريعات الملائمة لهذا المولود الجديد الذي عم العالم بأسره. ومن ذلك قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وفقاً لقرار اتخذته الجمعية العامة بناء على تقرير اللجنة السادسة وأيضاً قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوصيات الإلكترونية والقانون الفرنسي في شأن المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٠ وقانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وقانون صدر بدبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية. والقانون التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ في شأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، وهناك عدة مشروعات قوانين في الدول العربية كمشروع قانون للمعاملات الإلكترونية بمصر ومشروع قانون بشأن المعاملات الإلكترونية بمملكة البحرين ومشروع قانون للمعاملات الإلكترونية بالمملكة الأردنية الهاشمية ومشروع قانون التجارة الإلكترونية بدولة الكويت، وهكذا فالدول تباعاً تعد الأنظمة القانونية التي تعالج هذه النوعية من التجارة.

أ.د. جاسم علي سالم الشامسي

رئيس التحرير

البحوث والدراسات

الضوابط المنهجية للاستدلال بالنصوص الشرعية

دراسة أصولية

د. حسن سالم مقبل أحمد الدّوسي

الأستاذ المشارك بقسم أصول الفقه والحديث

بكلية الشريعة والقانون. جامعة صنعاء

ملخص البحث:

إنّ هذا البحث هو في موضوع: "**الضوابط المنهجية للاستدلال بالنصوص الشرعية**"، وهذا الموضوع بالغ الأهمية، لأنّ نصوص الشرع الإسلامي تقتضي أن يكون فهمها واستنباط الأحكام منها وفــق ضوابط منهجية منضبطة، تضبط الفهم وتعصم الباحثين والدارسين من الشطط في التصور والفهم والاستنباط، وتجنبهم الزلل في العمل، وترشدهم إلى سبيل السّداد.

وهذا يعني أنّه لا بد من الإدراك والوعي بهــذه الضوابط اللازمة لتفسير النصوص الشرعية، وفهمها فهماً صحيحاً عند الاستدلال بها وتنزيلها منزل الواقع والتطبيق، لأهمية مـــا تمثله هذه الضوابط من أطرٍ ضابطة لفهم النّصوص الشرعيّة.

وقد جاء هذا البحث في سبعة ضوابط، جُعل لكلّ ضابط منها مبحث مستقل تُوجز فيه مسائله وأحكامه، **وهذه الضوابط هي:**

الضابط الأول: التأكد من ثبوت النص الذي ينبني عليه الحكم، والاستيثاق من صحته. وهذا أمر يخص أحاديث الآحاد النبوية وحدها، ولا يخص القـــرآن الكريم،

ولا الأحاديث المتواترة، لأنّ المتواتر قطعي الثبوت.

الضابط الثاني: وجوب عرض النص الذي يُراد فهمه والاستدلال به على النصوص القرآنية والنبوية الأخرى ذات العلاقة به. وذلك باستقصاء وجمع كلّ النصوص الواردة في الموضوع الواحد والمقارنة بينها، وفهم تأثير بعضها على بعض من حيث الدلالة، ودفع ما قد يبدو بينها من تعارض ظاهري بالجمع أو النسخ أو الترجيح.

الضابط الثالث: وجـــوب فهم ألفاظ النّص الشرعي وفق أساليب اللغة العربية، وطرق الدلالة فيها على المعاني. ليقع الفهم واضحاً، لأن النصوص الشرعية -قرآناً وسنّة- نزلت بلسان عربيّ مبين، وجاءت على ما عهدته العرب في خطابها، فمن البدهي أن تكون معرفة مدلولات تلك الألفاظ العربية حسب قواعد اللغة العربية وإيحاءاتها الدلالية اللغوية والشرعية والعرفية.

الضابط الرابع: فهم النص في ضوء دلالة سبب نزوله أو وروده. لأنّ الكثير من النصوص في الكتاب والسنة أحاطت بها ظروف وشروط ومناسبات، لا بد من إدراكها أثناء عملية التتريل للنص على الواقع، ولأن العلم بالسبب يورث العلم بالمسبب.

الضابط الخامس: فهم النص في ضوء دلالة سياقه. فلا بدّ أن يُربط اللفظ بسياقه، ولا يقطع عما قبله وما بعده، لأنّ اللفظ ربط بسياقه الذي وردت فيه النصوص وعدم قطعه عما قبله وما بعده، من أعظم القرائن الدالة على مراد المتكلم. ودلالة السياق تختلف عن دلالة سبب التزول والورود فالسياق له تأثير على دلالة النص ومعناه، أمّا سبب التزول أو الورود وإنْ كان يعين في فهم النص، إلاّ أنّه ليس له أثر على دلالة النص ومعناه.

الضابط السادس: وجوب فهم النص الشرعي في ضوء طبيعة المرحلة والواقع وملابساته الزمانية والمكانية، ولهذا الأمر الأثر الكبير في حسن فهم النص وتتريله المترل المناسب في الواقع. فالمرحلة والواقع قد يؤثران على الأحكام والمواقف والقرارات والأهداف والاستراتيجيات، وبأثرهما يصبح الراجح مرجوحاً والمرجوح راجحـــاً، وينقلب المفضول فاضلاً والفاضل مفضولاً. واعتبار المرحلة وفقه الواقع والملابسات الزمانية والمكانية هو الذي جعل علماء الأمّة منذ عصر الصحابة، يقرّرون تغيّر الفتوى بتغيّر الزمان والمكان والعُرف والحال.

الضابط السابع: فهم النص الشرعي في ضوء مقاصد الشارع من التشريع وهي المحافظة على المصالح الكليّة للخَلْق، وهي خمسة أمور: المحافظة على دينهم، وأنفسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم. أي أنه يلزم الباحث أو المجتهد عندما ينظر في النصوص -محاولاً فهمها وتفسيرها- أن يجمع بين النظر في النصوص الجزئية وبين المقاصد العامة والقواعد الكلّية للشريعة في آن واحد، فيكون الحكم مبنياً على الكليات العامة والنصوص الجزئية. ولا يكون فهم النصوص سليماً ولا يكتمل الفقه بدلالاتها، إلا بفهمها وتفسيرها في ضوء المقاصد الكلّية والجزئية ذات العلاقة بموضوع النص وأوجه دلالته.

تلكم هي الضوابط المنهجية لفهم معاني نصوص القرآن الكريم والسنّة النبوية، وتتريلها على الوقائع والأحداث، وهذه الضوابط بمجموعها تُشكّل إطاراً عاماً لفهم النّصوص الشرعيّة، ومنهجاً للتعامل معها، يُعيد لهذه النّصوص القيّمة دورها التوجيهي والمعرفي والحضاري في الأمة.

مقدمـــة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه وعلى من اتَّبع هداه، وبعد:

إنّ نصوص الوحي الإسلامي بقسميه القرآن الكريم والسنة النبوية، هي المنهج القويم الذي يضيء للناس جميع جوانب حياتهم بمختلف مستوياتها وفي كل مكان وزمان حتى قيام الساعة، فهي مصدر التوجيه والتشريع والمعرفة والحضارة، وهي جميعها تهدف إلى تحقيق مَقصد عام، هو إسعاد الناس أفراداً ومجتمعات، وحفظ نظام الأمور في المجتمع البشري وقطع مادة الشرور، وتعمير الدّنيا بكلّ ما يُوصل إلى الخير والكمال الإنساني، حتى تصير الدّنيا مزرعة للآخرة، فَيَحظَى الإنسان بالسّعادة في الدّنيا، وبالفوز بالجنّة والنَّعيم في الآخرة. وقد جعل الله سبحانه هذا المقصد العام هو الغاية من الرِّسالة كلّها، فقال تعالى: ﴿**وما أرسلناك إلا رحمةً للعالمين**﴾[1]. وهذا يعني أنّ نصوص الشريعة الإسلامية ما جاءت إلاّ لغايات ومقاصد، هي تحقيق مصالح البشر جميعهم، وإقامة القسط بينهم وإزالة المظالم والمفاسد عنهم.

وعندما أحسن المسلمون فهم هذه النصوص الشرعية وتفسيرها، وأجادوا تطبيقها وفق المنهجية المنبثقة عن خصائص هذه النصوص، والتي توارثوها عن رسول الله ﷺ وصحابَته عاشوا قادة الدنيا وسادة الورى، فترة طويلة من الزمن، ولن يُصلح آخر هذه الأمة إلَا ما أصلح أولها.

ولا يخفى على كلّ مطّلع أنّ المسلمين في عصرنا تَجرَّعوا آلاماً مريرة وأُثْخنُوا بجروح خطيرة، عندما نشأ فيهم من يصول ويجول في ميادين السياسة والفكر والثقافة والفقه الرّحبة، بغير أصول ضابطة، ولا قواعد هادية، فأثمر ذلك تمييعاً للنصوص وتهاوناً بها وفوضى وجرأة عجيبة عليها من جهة، كما أثمر جموداً خطيراً على ظواهر النصوص وغفلة عن مقاصدها الكليّة من جهة ثانية. فكان من ثمار هذه

(١) سورة الأنبياء: آية ١٠٧.

الثمار أن اختَلّ الفكر وأُوغر الصدر، واعوَجّ السلوك، وتَشتّت الشمل، فرأينا من يُقدِّم ما حقه التأخير، ويُؤخِّر ما حقه التقديم، ويَقدُم في مقام الإحجام، ويحجم في مقام الإقدام.

وهذا ما يجعلنا نجزم بأنّ الباحثين والدارسين والفقهاء وقادة الفكر في المجتمع، في حاجة ماسّة إلى معرفة الضوابط والقواعد التي تضبط الفهم وتقوّم الفكر، وتعصم من الشطط في التصور والزلل في العمل، وتجعل المرء على بيّنة من أمره وهو يتفاعل مـــع نصوص الكتاب والسنة، بلا شطط ولا إفراط ولا تفريط.

ولهذا فإنّ من الأهمية بمكان بيان هذه الضوابط التي يتحقق بها الوصول إلى الفهم الصحيح للنّص الشرعي عند تتريله مترل الواقع والتطبيق، سواء كان النّص فيما يتعلق بالفقه أو فيما يتعلق بالدعوة أو التربية أو الصحة أو البيئة أو الاقتصاد أو غير ذلك.

ذلك أنّ النّصوص الشرعيّة تقتضي أن يكون فهمها واستنباط الأحكام منها وفق منهج منضبط يجنب الباحثين والدارسين والفقهاء الزلل في الفهم والاستنباط، ويرشدهم إلى سبيل السداد. وقد اهتم علماؤنا الأقدمون بهذه الضوابط في كتبهم المصنّفة في أصول الفقه وفي أصول الحديث، إلا أهم بسطوا القول فيها في أبواب متفرقة وفصول مبعثرة، كلّ منها لم يستوف الضوابط جميعها لوحده، باعتبار أنّ ذلك حاضر في أذهاهم وممارس في اجتهادهم، أمَّا العلماء والباحثون المعاصرون[1] فقد حاول بعضُهم جمع هذه الضوابط مرتَّبة في بحوث وكتب خاصة بها، سأشير إليها في طيِّ هذا البحث أثناء العزو إليهم، وقـــد أفدتُ منها كثيراً، وهي جيِّدة في عمومها لكن كلاًّ منها لم يكن مستوفياً لكافة الضوابط -كما أحسب- من جهة ومن جهة أخرى توسّع فيها بعضُهم في تفصيل الضوابط مع أنّ بعضها يمكن أن يندمج مع بعض الضوابط الأخرى، كما أنّ بعضهم دمج عدّة ضوابط تحت ضابط

(١) وستتضح أسماؤهم من خلال العزو إليهم في أثناء البحث.

عام أو أساس عام واحد.

ولذلك فإنّ غرضي من هذا البحث هو ترتيب واستكمال هذه الضوابط المتفرقة في الأبواب والبحوث والكتب المختلفة، لإعطاء فكرة عامة شاملة عنها، وقد حاولتُ فيه تركيز وإبراز هذه الضوابط -التي هي موضوع البحث- في تسلسل منطقي، بأسلوب سهل وميسور، مع ذكر النماذج التطبيقية عليها، لأهمية ما تمثله هذه الضوابط من أطر ضابطة لفهم النّصوص الشرعيّة، وراسمة للتصور العام في التعامل مع نصوص القرآن الكريم والسنّة النبوية. وَلَئِنْ كانت هذه الضوابط واضحة عند سلفنا، فإنها في مجموعها قد تغيب عن كثير من الباحثين والدارسين في علوم الشريعة والقانون في عصرنا، فيوقعهم الجهل بها في أخطاء جسيمة عند تفسيرهم للنّصوص الشرعيّة واستنباط الأحكام منها، فكان لا بد من الإدراك والوعي بهذه الضوابط التي تُشكّل منهجاً للتعامل مع نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، وقد نَبَّه الإمام الزركشي إلى أهمية ضبط العلوم بقواعد محددة فقال: "إنّ ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أوعَى لحفظها وأدعَى لضبطها "[(١)].

ولذلك سنعرض لهذه الضوابط تباعاً بشيء من التفصيل الذي يناسب مقام هذا البحث ونشره في مجلة علمية، دون التوسع في الدراسة التطبيقية عليها وإن كان الموضوع يستحق ما هو أطول وأوسع من هذا البحث لبالغ أهميته ومسيس الحاجة إليه، كما إني سأكتفي عند تناولي لمواضيع أو مسائل هذا البحث بذكر ما تَرجَّح عندي في الموضوع أو المسألة، لكون المقام لا يتسع للمناقشة العلمية لآراء العلماء، وأحيل القارئ الذي يريد التوسع في ذلك إلى المراجع المعتمدة المشار إليها في طيّ هذا البحث.

---

(١) الزركشي، أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله المتوفى سنة ٧٩٤هـ: المنثور في القواعد الفقهية، تحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، سنة ١٤٠٥هـ) ١/٦٥.

وقد جَعلتُ لكلّ ضابط مبحثاً مستقلاً تُوجز فيه مسائله وأحكامه وأمثلته التطبيقية. لكن لّما كان رسم موضوع الدراسة في الضوابط المنهجية للاستدلال بالنصوص الشرعية، كان من المناسب أن أمهّد لهذا الموضوع ببيان معنى النص الشرعي، ومعنى مصطلح الضوابط المنهجية في هذه الدراسة بصورة موجزة، ووجه المناسبة هو أنه لا يمكن الخوض في علم من العلوم إلا بعد تصور ذلك العلم، والتصور إنّما يستفاد من التعريفات، إذ هي الطريق الكلامي الذي تُنقل به التصورات إلى الآخرين.

ولذلك فقد جاءت خطة هذه الدراسة متضمنة لتمهيد، وسبعة مباحث وخاتمة، **على النحو التالي:**

التمهيد: مفهوم النص الشرعي، ومعنى مصطلح الضوابط المنهجية في هذه الدراسة.

المبحث الأول: الاستيثاق من ثبوت النص وصحة نسبته إذا كان حديثاً نبوياً.

المبحث الثاني: عرض النص على النصوص القرآنية والنبوية الأخرى.

المبحث الثالث: فهم النص وفق أساليب اللغة العربية وطرقها الدلالية.

المبحث الرابع: فهم النص في ضوء دلالة سبب نزوله أو وروده.

المبحث الخامس: فهم النص في ضوء دلالة سياقه.

المبحث السادس: فهم النص في ضوء طبيعة المرحلة والواقع.

المبحث السابع: فهم النص في ضوء مقاصد التشريع.

الخاتمة: وفيها خلاصة موجزة لما حواه البحث من نتائج مع التوصيات.

التمهيد:

مفهوم النص الشرعي، ومعنى مصطلح الضوابط المنهجية في هذه الدراسة:

أولاً: مفهوم النص الشرعي:

المُراد بالنّص في هــذه الدراسة: اللفظ الوارد في القرآن الكريم والسنة النبوية الثابتة الصحيحة، المستدل به على حكم الأفعال[1]، وما يدل عليه ذلك اللفظ من معان وأحكام، ومقاصد وغايات، وحِكَم وعلل، سواء أكانت تلك المعاني والأحكام والمقاصد قطعيَّة أم ظنيَّة ظناً راجحاً، فالشارع قد نزَّل المظنة مترلة المئنة في عامة الأحكام العملية[2] ما لم ينسخ الظن بيقين مُعارض.

وَوصف هذا النص بالشرعي، لأنّ الشارع الحكيم هو مصدره، إما بطريقة مباشرة لفظاً ومعنى، كما هو الحال في القرآن الكريم، أو بطريقة غير مباشرة معنى لا

---

(١) أي المراد بالنص هنا: القول الذي يفيد بنفسه ولو ظاهراً، وهو يشمل النص والظاهر باصطلاح المتكلمين. (انظر: ابن حزم، أبو محمد علي بن حزم: الإحكام في أصول الأحكام، مطبعة العاصمة بالقاهرة، ٣٩/١).

(٢) منها أن الشارع حرّم الخلوة بالأجنبية لأنها مظنة الزنا أو سببه ؛ وفي هذا إقامة لمظنة الشيء أو سببه مقام الشـــيء نفسه وإعطاء المظنة أو السبب حكم المظنون أو المسبب، ونهى عن سفرالمرأة دون محرم لأن هذا السفر مظنة وسبب للزنا عادة فمُنعَ إعطاءً للسبب حكم المسبب، وحرم خطبة المعتدة تصريحاً ونكاحها لأن الخطـــبة في العـــدة مظـــنة أن تكذب المرأة في العدة فأعطى الشارع حكم المظنون للمظنة فمنع من التصريح بالخطبة، وحرم على المرأة فيعدة الوفاة التطيب والزينة وسائر دواعي النكاح ، وكذلك الطيب وعقد النكاح للمحرم لأن نكاح المحرم مظنة لأن يفسد الحج بالوطء قبل التحليل فحرّم إقامة للمظنة مقام المظنون، وأقام النوم الذي هو مظنة خروج الحدث مقام الحدث نفسه، وأقام البلوغ الذي هو مظنة العقل مقـــام العقـــل نفســـه، ونهى عن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وقال: «إنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم»، ونهىعن هدية المدين للدائن، وعن البيع والسلف. فكل هذه الأمثلة فيها إقامة للسبب مقام المســـبب ، وإعطـــاء مظنة الشيء حكم الشيء نفسه. (انظر: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الـــلخمي: الموافقـــات في أصول الشريعة، تحقيق الشيخ عبد الله درّاز وعناية الشيخ إبراهيم رمضان (دار المعـــرفة، بيروت،الطبعة الثانية ١٤١٦هـــ ١٩٩٦م)، ٥٥٢/٤ وما بعدها. والإسنوي، جمال الدين أبي محمـــد بـــن الحسن: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـــ - ١٩٨٧م، ص ٤٧٧).

لفظاً، كما هو الحال في ألفاظ السنة النبوية التي قصد بها التشريع. فالشارع في الحقيقة واحد، هو الله سبحانه، والدليل على أحكامه هو: نصوص الوحي الإلهي، والرسول ﷺ هو المبلغ لكلام الله تعالى [[القران الكريم]]، كما أنه ﷺ الشارح والمبيّن لكلام الله تعالى في نصوص السنة النبوية التي تعتبر أحد شقّي الوحي الإلهي لقوله تعالى: **﴿وما ينطق عن الهوى ۝ إن هو إلا وحي يوحى﴾** [1].

وهذا يعني أن الأصل في الأحكام الشرعية هو نصوص الشارع ، أي نصوص الوحي الإلهي بشقّيه: القرآن الكريم ، والسنة النبوية. ولذلك كان فهم الحكم الشرعي متوقفًا على فهم نصوص الكتاب والسنة إجمالاً وتفصيلاً، فإنهما أصل التشريع الإسلامي، ومصدر لجميع الأحكام الشرعية ولقواعد الاستدلال الأخرى التي يستعان بها على استنباط الأحكام الجزئية الفرعية كالقياس والمصلحة المرسلة والاستحسان وغيره[2] .

ثانياً : معنى مصطلح الضوابط المنهجية :

المراد بمصطلح الضوابط المنهجية في هذه الدراسة: تلك الأسس والخطوات المنهجية الكلية المترابطة -المنبثقة عن خصائص النص الشرعي- التي ينبغي على المتعامل مع النص الشرعي والمستدل به أن يراعيها بقصد الوصول إلى فهم سديد لدلالات النص ومراميه، وبغية توفير أرضية له تضبط فهمه وتقوّم فكره وتعصمه من الشطط في التصور والزلل في العمل، والاعتساف في فهمه لمراد الشارع الحكيم من نصه.

---

(١) النجم: آية – ٣ ، ٤ .

(٢) انظـر: الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي: الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق الشيخ عبد الله درّاز وعـناية الشيخ إبراهيم رمضان (دار المعرفة، بيروت،الطبعة الثانية ١٤١٦هـ – ١٩٩٦م)، ٣/ ٣٧.

وقــولنا: "المنبثقة عن خصائص النص الشرعي"، أي المنبثقة عن الأوصاف الخاصة التي ينفرد بها النص الشرعي كتاباً وسنة دون سواه من النصوص، والتي تُستخلص من خلال تَمعّن النظر في مصدر هذا النص وكيفية نزوله وووروده، ولغته وأسلوبه، ومن خلال ملاحظة ما أراده من إصلاح لأوضاع اجتماعية وفكرية وسياسية واقتصادية وغيرها.

وهذه الخصائص للنص الشرعي يمكن إجمال أهمها في أربع خصائص رئيسة، وهي أنّه: إلهي المصدر والنّسبة، عربي اللسان والأسلوب لكنه مُوجَز ومُعجِز في أسلوبه، متدرج في نزوله ووروده، ذو مرونة وسعة في أغلب ألفاظه.

ومن هذه الخصائص منفردة ومجتمعة نستخلص الضوابط المنهجية لفهم النصوص الشرعية والاستدلال بها.

فالخاصية الأولى: وهي " إلهية المصدر والنسبة"، تقتضي أن يستهل المستدل بالنص الشرعي، استدلاله بالتحقق من صحّة نسبة النص إلى مصدره - هذا بالنسبة للنص النبوي دون القرآني - ذلك لأنّ من الوارد أن تكون ثمة نصوص تُنسب خطأً أو غلطاً إلى الشارع، والحال أنّ الشارع ليس مصدراً لها، كما هو الحال في الأحاديث الموضوعة أو الضعيفة شديدة الضعف. ولهذا فإنّ العقلية المنهجية تستلزم ضرورة تحقق المتعامل من هذا الجانب مراعاة لهذه الخاصية الفذّة، بحيث إذا تبيّن له كون النص منسوباً خطأً أو كذباً إلى الشارع، فإنّ عليه أن يتبرأ منه، وأن يوفّر على نفسه الجهد والوقت، فلا يصرفه في البحث عن المعاني المُرادة من هذا النص الذي لم يثبت إلى مصدره.

والخاصية الثانية: وهي "خاصية اللسان العربي مع الإيجاز والإعجاز في أسلوب

النص" تستلزم أن يكون المستدل بالنص الشرعي على وعي وإدراك بهذا الجانب في النص الشرعي، وأن يستحضره عندما يعمد إلى الاجتهاد في فهم نص من نصوص الشرع، وأن يكون فهمه لمعاني الألفاظ على ما عهدته العرب في لسانها، وأنْ تكون المعاني المستنبطة من اللفظ منضبطة بقواعد اللسان العربي ومواصفاته الدلالية. ولذلك فإنّ فهم النص وفق أساليب اللغة العربية وطرقها الدلالية، ضابط مهم من الضوابط المنهجية لفهم النص وحسن التعامل معه، وفي هذا المعنى يقول الشاطبي: "كل معنى مستنبط من القرآن غير جار على اللسان العربي فليس من علوم القرآن في شيء، لا مما يستفاد منه، ولا مما يستفاد به، ومن ادعى فيه ذلك فهو في دعواه مبطل"[(١)].

وصفة الإعجاز في النص الشرعي لا تخرجه عن كونه عربياً جارياً على أساليب كلام العرب، إذ لو خرج بالإعجاز عن إدراك العقول معانيه لكان الخطاب به من تكليف مالا يطاق، وذلك مرفوع عن الأمّة، وهذا من جملة الوجوه الإعجازية فيه[(٢)]. لكن صفة الإيجاز والإعجاز في أسلوب النص تقتضي من المستدل بالنص الابتعاد عن ادِّعاء العصمة والسداد المطلق لمَا يتوصل إليه من فهم لألفاظ ودلالات النص الشرعي، ذلك أنّ صفة الإيجاز والإعجاز تعني أنْ تظل أفهام البشرية لمعانية ومراميه ومقاصده خاضعة للنقص وعدم الكمال، مما يفتح المجال أمام الأجيال المتعاقبة على تجدد فهم المرامي والمقاصد والأحكام للنصوص الشرعية.

وعلى كلّ حال فإنّ مراعاة هذه الخاصية عند التعامل مع النص الشرعي يورث القدرة على حسن الفهم، وعلى حسن التعامل مع النص الشرعي بشقيه القطعي منه والظني، بحيث لا يتعسف في الخلط بينهما، فضلاً عن أنّ هذا يَحمي من إساءة فهم أساليب النصوص الشرعية ومغازيها.

---

(١) الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ٣/٣٥٥.
(٢) الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ٣/٣١٠.

والخاصية الثالثة: وهي "خاصية التدرج في التزول والورود"، ممكن أن نفهم منها أموراً عديدة أهمها ثلاثة أمور:

١- إنّ خاصية التدرج في التزول والورود تستلزم أنْ يلمَّ المتعامل مع النص الشرعي بالظروف والمناسبات والأحداث التي قصد النص الشرعي تعديلها وإصلاحها على مراحل متدرجة تربية للأمة الناشئة علماً وعملاً وتسهيلاً لفهمه عليهم وإدراك مقاصده وغاياته. ولا بدّ أنْ يراعي المتعامل مع النص الشرعي الظروف والأحداث التي نزل النص الشرعي مواكباً لها لأنّ النظر في أسباب التزول والورود ممّا يساعد في بيان دلالة النص وفهمه. وهذا يعني أنّ الاستعانة بأسباب التزول والورود ضابط منهجي لفهم النص وحسن التعامل معه، ذلك أنّ النص الشرعي لا يمكن أن يُفهم فهماً سليماً دقيقاً إلا إذا عُرفت الملابسات التي جاء النص بياناً لها وعلاجاً لظروفها، حتى يتحدد المراد من النص بدقة. على أنْ لا يُفهم أنّ تلك الظروف والأحداث التي نزل النص الشرعي مواكباً لها منفصلة ومتباينة عن فهم ذات الظروف والأحوال في كلّ زمان ومكان، لأنّ تلك النصوص وإنْ اختلفت في فترات نزولها، غير أنّها جيء بها كلها تدريجياً لمواجهة الظروف والأحداث المماثلة من جميع جوانبها في كلّ زمان ومكان.

٢- إنّ خاصية التدرج في التزول والورود للنص الشرعي أمارة واضحة على كون الدّين الإسلامي بمبادئه وأصوله وأحكامه ديناً لا يقفز على الواقع ولا يستغرق فيه، بل هو واقعي، بمعنى أنّه يراعي الإنسان فطرياً ويعترف بقيمته، ولا يتنكر له، وقد اقتضت هذه الواقعية في النص الشرعي التدرج بالإنسان وإعانته شيئاً فشيئاً على التخلّي عن الجاهلية وعاداتها المستحكمة، والتحلّي بالإسلام وأخلاقه الفاضلة، وهذا المعنى يصدق في كل عملية تربوية، فلا بد من التدرج في التربية والتعليم وتهيئة النفوس والعقول لمساعدتها على تقبل الأحكام الجديدة،ولإعانتها على التخلص من

عاداتها السيئة. ولذلك فإنّ فهم النص الشرعي واستنباط الحكم منه في ضوء المرحلة والواقع الذي يتم تتريل ذلك الحكم عليه يُعتبر ضابطاً مهماً من الضوابط المنهجية عند إرادة فهم النص، وتتريل حكمه على الوقائع التي تحقق فيها مناط الحكم، حتى يتحول حكم النص من كونه صورة مجرّدة في الذهن إلى واقع مُشخّص في الحياة.

٣- إنّ خاصية التدرج في الترول والورود توجب على المتعامل مع النص الشرعي حسن إدراك العلاقة الترابطية والتكاملية بينه وبين مختلف النصوص الشرعية الأخرى ذات العلاقة به، ولا يتم ذلك إلاّ بعملية الجمع بين النصوص التي تعالج قضايا مماثلة وتحاول تقديم تفسير متزن يساعد على الابتعاد عن ضرب النصوص بعضها ببعض. ولذلك فإنّ عرض النص الشرعي الذي يُتعامَل معه على النصوص الشرعية الأخرى ذات العلاقة به والمقارنة بينها، يُعتَبَر ضابطاً مهماً من الضوابط المنهجية للاستدلال بالنص الشرعي أو التعامل معه.

والخاصية الرابعة: وهي "خاصية المرونة والسعة في أغلب ألفاظ النصوص"، التي يمكن أن نلاحظها من خلال دلالات النصوص ذاتها المعللة بالرحمة، واليسر، والتخفيف، والهداية، ومن خلال ما تتميز به الأحكام والتشريعات المنبثقة عن هذه النصوص من جلب للمصالح ودرء للمفاسد، ومن قدرة فائقة على الوفاء بحاجات كل المجتمعات الإنسانية عبر التاريخ، هذه الخاصية تعني أنّ نصوص الشريعة وأحكامها معللة بمصالح ومقاصد وُضعَت لأجلها. ولذلك فإنّ فهم النص الشرعي في ضوء هذه المقاصد يُعتبَر ضابطاً مهماً من الضوابط المنهجية لفهم النص والاستدلال به.

وإجمالاً فإنّ نصوص الوحي الإلهي في عرضها للأحكام الشرعية تقوم في أدائها للمعروض على قواعد وضوابط، بعضها يرجع إلى قانون اللسان العربي في الدلالة،

وبعضها يرجع إلى العلاقة بين النصوص -كتاباً وسنّة- وبعضها يرجع إلى العلاقة المنطقية بين الكلّ والجزء، والعام والخاص، والمطلق والمقيّد، من الحقائق المعروضة، والنصوص الشرعية بضوابطها وقواعدها المختلفة في الأداء، تُعتبر وحدة متكاملة المعنى، تتضافر في بيان أحكام الله تعالى، والمجتهد في تحمّل هذا المضمون - فهماً واستيعاباً- لابدّ أن يكون على بيِّنة من تلك القواعد والضوابط التي تضبط الفهم، وتُقوّم الفكر، حتى يتم له فهم أحكام الله تعالى بلا زلل ولا شطط.

وعلى ذلك فإنّه يمكننا القول أنّ الضوابط المنهجية للاستدلال بالنصوص الشرعية ينبثق استخلاصها من خلال مراعاة خصائص النصوص الشرعية ذاتها وظروفها وملابساتها، إنْ لم يكن استخلاصها من تلك الخصائص الرئيسية الأربع - كما أسلفنا- التي تتميز بها النصوص الشرعية.

وقد لخّصنا تلك الضوابط المنهجية في سبعة ضوابط أساسية: الضابط الأول في التحقق من صحة نسبة النص إلى مصدره إذا كان حديثاً نبوياً والثاني في عرض النص على النصوص القرآنية والنبوية الأخرى ذات العلاقة به، والثالث في فهم النص وفق أساليب اللغة العربية وطرقها الدلالية، والرابع في فهم النص في ضوء سبب نزوله ووروده، والخامس في فهم النص في ضوء دلالة سياقه، والسادس في فهم النص في ضوء طبيعة المرحلة والواقع، والسابع في فهم النص في ضوء مقاصد التشريع.

وكل واحد من هذه الضوابط المنهجية قد جَعلتُه في مبحث مستقل أَوجَزْتُ فيه مسائله وأحكامه والأمثلة التطبيقية عليه.

المبحث الأول
الاستيثاق من ثبوت النص وصحة نسبته إلى مصدره إذا كان حديثاً نبوياً

إن أول ما يجب على المستدل بالنص الشرعي والمتعامل معه أن يتحقق من صحّة نسبة ذلك النص إلى مصدره، أي أنّ مرادنا بهذا الضابط أن يعني المتعامل مع النص الشرعي بالتثبت، والتأكد من كون النص الذي يبني عليه الحكم، نصاً منسوباً نسبة صحيحة إلى مصدره الذي هو الشارع.

ذلك أنّ المجتهد مهما بذل من جهد في فهم النص، وأخلص في سعيه إلى التوصل إلى المراد منه، فإنّ جهده كلّه يظل جهداً غير معتبر ولا مهم إذا تبيّن عدم صحة نسبة ذلك النص إلى مصدره نسبة يقينية، ولكي يستفيد المجتهد من وقته وجهده، ينبغي له أن يعنى بمراعاة هذا الضابط، ويقدمه على أيّ إجراء منهجي يقوم به عند إرادته فهم نص شرعي أو الاستدلال به لكونه الأساس الذي يهدف الاجتهاد إلى فهمه والعمل بمقتضاه في حالة صحّة نسبته إلى مصدره. وأيّ نص لا تصح نسبته إلى مصدره، فلا داعي في البحث عن فهم محتواه ومضامينه.

وهذا الضابط ينحصر في الأحاديث النبوية وحدها، ولا يخص القرآن الكريم الذي يستغني عن هذا الضابط[1]، لأنّ القرآن الكريم كله قد ثبت ثبوتاً متواتراً لا شك فيه، ذلك أنّه لم يزل كما أنزله الله سبحانه على قلب النبي محمد ﷺ، وكما لقّنه الرسول ﷺ لأصحابه ﷺ، وتلقاه عنهم مَن بعدهم جيلاً بعد جيل، وأُمَّة عن

---

(١) وإنْ يكن من تحقق في صحة نسبة النص القرآني إلى مصدره، فإنه لا يتجاوز التحقق من صحة بعض القراءات — غير المتواترة — الواردة لبعض ألفاظ النص القرآني.

أُمَّة، بصورة متواترة لفظاً ومعنى، محفوظاً في الصدور، مكتوباً في المصاحف، متلوًّا بالألسنة، مسموعاً في المساجد والمعاهد والمنازل، محوطاً بكلّ معاني التكريم والتقديس، حتى وصل إلينا سالماً من أيِّ زيادة أو نقصان، فهو قطعي من حيث الثبوت بإجماع الأمة. وهذا من فضل الله -سبحانه- على المسلمين، فإنّهم وحدهم الذين يملكون المصدر الوحيد الذي يتضمن كلمات الله تعالى الأخيرة للبشر سالمة من كل تحريف أو تزييف.

والحديث النبوي في اصطلاح المحدثين هو: "ما أُضيف إلى النبيّ ﷺ من قول أو فعل أو تقرير أو وصف خِلقي أو خُلُقي". وهو يرادف السنة النبوية في اصطلاحهم، ذلك أن الحديث النبوي هو الذي يدل على السنة النبوية[1]. ومن الأحاديث النبوية ما يفيد الوجوب أو الحرمة، ومنها ما يفيد الندب أو الكراهة، ومنها ما يفيد الإباحة.

وإذا كان التّوثّق من ثبوت النّص والتأكد من صحته -إذا كان حديثاً نبوياً-هو الضابط الأول الذي لابدّ منه قبل أن نستدل بالحديث، أو نستنبط منه الحكم الشرعي العملي أو الأخلاقي، فإنّه لا يتم لنا هذا التأكد إلاّ إذا تَحقّقنا من أنّ الحديث قد استوفى جميع شروط القبول -التي نَصَّ عليها علماء الحديث النُّقاد- سنداً ومتناً، وعملنا بالمعايير النّقدية لأهل الحديث وعرفنا ما قيل في الحديث من حكم.

(١) انظـــر: ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي: شرح النخبة (نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر) تحقيق د. نـــور الدين عتر، دمشق دار الخير، مطبعة الصباح ط٢،١٤١٤هـــ، ص ٣٧. والسيوطي، جلال الدين عـــبد الـــرحمن بن أبي بكر: تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، تحقيق الأستاذ عبد الوهاب عبد اللطيف، دار الكتب الحديثة، القاهرة، ط٢، ١٩٦٦م،٤٢/١)).

واقتصار عمل هذا الضابط المنهجي على الحديث النبوي دون القرآن إنّما هو بسبب أنّ الأحاديث النبوية لم تدوَّن في حياة النبي ﷺ تدويناً رسمياً كما دُوِّن القرآن الكريم، ولم يتخذ النبي ﷺ لنفسه كتبة يكتبون الحديث كما كُتبَ القرآن الكريم، ولم يأذن في جمع الأحاديث وتدوينها وكتابتها -بحيث تَتَّخذ طَابع التدوين العام، أي مرجعاً يُتَدَاول بين الصحابة ﷺ- كما أذن لهم في جمع القرآن وكتابته على وجه الشمول والاستيعاب، فقد رُوي عنه ﷺ النهي عن كتابة الحديث، حيث رَوي الإمام مسلم عن أبي سعيد الخدري ﷺ أنّ رسول الله ﷺ قال: "قَالَ رَسُولُ اللَّه ﷺ لاَ تَكْتُبُوا عَنِّي شَيْئًا سِوَى الْقُرْآنِ وَمَنْ كَتَبَ شَيْئًا سِوَى الْقُرْآنِ فَلْيَمْحُهُ"(١).

وقد رأى بعض العلماء أن هذا النهي لأسباب، **منها**: حَصْر جهود الصحابة ﷺ في نطاق تدوين القرآن الكريم وحفظه، والخوف من حدوث اللَّبْس والاختلاط عند العامة بين الصحف التي كُتِب فيها القرآن بصُحُف الحديث، وخاصة في فترة نزول الوحي بالقرآن، وقبل اكتمال تدوينه حيث أنّ عامة المسلمين لم يعتادوا على أسلوب القرآن، إلى جانب أنّ أغلبهم أُمِّيُّون، فلما خشي عليهم الغلط فيما يكتبون نهاهم(٢).

وهذا من الشواهد على صدق النبي ﷺ، إذ أنه ميّز كلام الله ﷻ عن حديثه، كي يبقى الكتاب معجزة الإسلام الكبرى، فصانه من كلّ شيء يكتب إلى جانبه

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب الزهد والرقائق من صحيحه رقم ٣٠٠٤ ترقيم عبد الباقي. وأحمد في مسنده عن أبي سعيد الخدري رقم ١٠٧٠١ ترقيم إحياء التراث، واللفظ لأحمد.

(٢) فيما عدا الإذن الخاص لأشخاص مُعَيَّنين يتقنون الكتابة، أو في مسائل محدَّدة ذات أنصبة وفروض وأرقام يصعُب ضبطها من غير كتاب، وللطُرَّاء الذين يرجعون لأقوامهم ويريدون شيئاً مكتوباً إما لإتقانه وتذكره وإما زيادة في التوثيق والتصديق. ((انظر: د. همام عبد الرحيم سعيد: الفكر المنهجي عند المحدثين، طبعة رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية بدولة قطر، الطبعة الأولى، المحرم ١٤٠٨هـ، ص ٤١ وما بعدها. وابن قتيبة: تأويل مختَلف الحديث، طبعة مصر، ص٢٨٦ وما بعدها. والخطّابي: معالم السُّنن، المكتبة العلمية بيروت، ط. ١، ١٩٨١م، ٤/١٨٤)).

حتى ولو كان السنة.

ومعنى ذلك هو أنّ المُعوَّل عليه في حفظ الحديث وضبطه في حياة النبي ﷺ كان هو التَلَقّي والسَّماع، والاعتماد على الحفظ والذاكرة.

ولذلك فإنّ معظم الروايات والأخبار التي وصلتنا عن رسول الله ﷺ لم تُنقل إلينا -كما نقل القرآن الكريم- نقلاً كتابياً متواتراً مكتوباً في السطور إلى جانب حفظها في الصدور، وإنما نُقلَت إلينا من طرق آحاد من الصحابة، نقلاً معتمداً على الحفظ والذاكرة، ممّا جعل بعضها يتعرَّض لأوهام الرواة وخطئهم ونسيانهم، كما أنّ أعداء الإسلام لم يجدوا منفذاً للدَسِّ والكيد للدِّين وأهله إلاّ عن طريق أخبار الآحاد، دون القرآن الكريم أو السنّة المتواترة، لأن القرآن متواتر محصور بين الدفّتين،إلى جانب أنّه محفوظ في الصدور، فهو معلوم ضرورة، وكذا الأحاديث المتواترة محفوظة ومعلومة ضرورة[1].

ومن هنا كانت الحاجة ماسَّة إلى تمحيص روايات وأخبار الآحاد،وتنقيتها ممَّا علق بها من الزائف والدّخيل، ممّا دفع علماء الحديث إلى وضع منهج تاريخي نقدي، هو عبارة عن قواعد نّقدية تدرُس وتُمحّص جوانب رواية الحديث أو الخبر كلّها- سنداً ومتناً- دراسة نّقدية تامّة كاملة شاملة. أي أنّ هذا المنهج لا يُسَلِّم بالنص دون محاكمة ونقد، بل لا بد أن تثبت نسبة النّص إلى قائله، وأن يُنْظَر فيه نظرة فاحصة

---

(١) والمتواتر: هو الذي سمّاه الإمام الشافعي علم العامَّة، وهو الخبر الذي يفيد العلم الضروري، أي الذي يفيد العـــلم بـــلا استدلال، ويحصل حتى لمن ليس عنده أهلية النظر كالعامّي، وهو على هذه الكيفية ليس من مباحث علم الإسناد. أي أنّ المتواتر هـــو الذي بلغ رواته عدداً كثيراً تحيل العادة تواطؤهم على الكذب، فهو ذائع منتشر معلوم بداهة، لا يتوقف على خبر إنسان بعينه، في حين أن خبر الآحـــاد ـــ وسمّاه الإمام الشافعي خبر الخاصة ـــ تناقله الأفراد أو الآحاد، و لم تنقله عامة الناس، وتبقى خصوصيته من جهة اقتصار معرفـــته عـــلى فئة محصورة. ((انظر: الشافعي، محمد بن إدريس: الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر،دار الكتب العلمية،بيروت،ص٣٥٧، وص٣٧٠. وابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي: شرح النخبة (نزهة النظر)، ص ٤١)).

ثاقبة لمعرفة اتفاقه مع الأسس الثابتة والمبادئ العامة في الشرع الإسلامي.

وقد كفانا علماؤنا منذ عصر الصحابة رضوان الله عليهم هذا الجانب المُعين على التوثيق في جانبي الرواية: أي في جهة السند، وفي جهة المتن وقدّمت الدّراسات التي تشهـــد لعلماء الحديث بالسّبق والرّيادة والدّقة العلمية في توثيق روايات الحديث، وتمييز بعضها من بعض، بالفوارق اليسيرة التي لا يُتنبّه إليها إلاّ من عني بتحقيق اليقين فيما ينسب إلى الرسول الكريم ﷺ لأنّه الدّين.

ومن قواعد هذا المنهج القائمة على البحث والاستقصاء والتفكير السليم والتي تعتبر أصح القواعد للاستثبات من النصوص المروية وتمحيصها، ما اشترطه علماء الحديث من شروط في الرواة وفي الرواية، حيث إنهم اشترطوا شروطاً دقيقة محكمة فـــي الرواة تفي بسلامة النقل، وجعلوها مقياساً للراوي المقبول والراوي المردود، كما اشترطوا شروطاً أخرى للرواية المقبولة، تكفل سلامة تناقل الخبر بين حلقات الإسناد، وتكفل سلامته من العلل والقوادح الظاهرة والخفية، وجعلوا من هذه الشروط جميعها معياراً أو مقياساً عاماً، نعرفُ به ما يُقبل من الحديث أو يُردّ.

ومجموع هذه الشروط ستة، هي: العدالة، والضبط، واتصال السند وفَقْد الشذوذ، وفَقْد العلة القادحة، والعاضد عند الاحتياج إليه[1].

فَتَحَقُّق هذه الشروط في حديث الآحاد يؤدّي إلى قبوله، واختلالها أواختلال أحدها يؤدّي إلى ضعف الحديث وردِّه. فإذا اشتمل الحديث على شروط القبول هذه واستوفى المرتبة العليا من الضبط فهو الحديث الصحيح وإذا استوفى شروط

(١) انظـــر: ابـــن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن: علوم الحديث (مقدمة ابن الصلاح)، مؤسسة الكتـــب الثقافـــية بـــبيروت، ط٤، ١٩٩٦م، ص٢٣ وما بعدها (مطبوع مع شرحه التقييد والإيضاح للعـــراقي). وابن حجر العسقلاني: شرح النخبة (نزهة النظر)، ص ٥٤ وما بعدها. والسيوطي: تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، ٦٣/١ ومابعدها، و ١/ ١٧٩.

القبول لكن كان في الحدِّ الأدنى من الضبط المقبول فهو الحديث الحسن؛ فإذا وَجَد الحسن ما يَجبُرُ قُصُورَهُ ككثرة الطُّرق فإنه يَقْوَى ويرتقي من درجة الحسن إلى الصحيح ويسمّى الصحيح لغيره؛ وإذا فَقَد الحديث بعض شروط القبول -بأن كان ضعيفاً ضعفاً غير شديد- وقامت قرينة ترجّحه وتقوّيه فإنه يرتقي بالتقوية أيضاً من درجة الضعيف إلى منزلة الحسن ويسمّى الحسن لغيره[1].

وعلى ذلك فإنّ حديث الآحاد المقبول يشتمل على أربعة أنواع من علوم الحديث[2]، هي: الحديث الصحيح، والحديث الحسن، والحديث الصحيح لغيره، والحديث الحسن لغيره.

"ووجه دلالة الشروط السابقة على قبول الحديث: أنَّ العدالة والضبط يُحقّقان أداء الحديث كما سُمع من قائله، واتصال السند على هذا الوصف في الرواة يمنع اختلال ذلك في أثناء السند، وعدم الشذوذ يُحَقّق ويؤكد ضبط هذا الحديث الذي نبحثه بعينه وأنه لم يدخله وَهَم، وعدم الإعلال يدلّ على سلامته من القوادح الخفيَّة بعد أن استدللنا بسائر الشروط على سلامته من القوادح الظاهرة "[3]. كما أنَّ تَوفُّر المتابعة في المستور تُرجّح الحديث الذي فيه ضعف غير شديد -ولم يكن ضعفه بسبب الطعن في عدالة الراوي وإنما بسبب سؤ حفظه- وتقوّيه، لأنه وإن كان في الأصل ضعيفاً إلا أنَّهُ قد انجبر وتقوَّى بوروده من طريق آخر مع سلامته من أن يعارضه شيء، فزال بذلك ما كان يُخْشَى من جهة سوء حفظ الراوي أو غفلته

(١) انظر في هذا المعنى: ابن حجر العسقلاني: شرح النخبة، ص٥٤ـ٥٥.

(٢) ولم يُذكر هنا الحديث المتواتر وهو من المقبول، لأن الكلام في خبر الآحاد، فهو الذي يخضع لهذه الشروط أمّا الخبر المتواتر فلا يخضع لذلك، ولا يدخل تحت مجهر البحث والنقاش، فهو مقبول بدون بحث بإجماع العلماء. (انظر: ابن حجر العسقلاني: شرح النخبة، ص٤٠ـ٤٢).

(٣) د. نور الدين عتر: منهج النقد في علوم الحديث (دمشق، دار الفكر، ١٩٨٨م)، ص٢٤٣.

وتَحَصَّلَ بالمجموع قوة تدل على أنه ضبط الحديث[1].

ولا يتسع المقام لتفصيل هذه الشروط، ولا حاجة إلى ذلك، وهي معلومة عند طلاب العلم، ولكلٍّ منها دراسة مستفيضة في كتب أصول الحديث ومصطلحه، قديمها وحديثها.

إلاّ أن هناك قرائن اعتبرها العلماء عللاً تقدح في متن الحديث، تجدر الإشارة إليها لارتباطها بهذا الموضوع، فهي في الحقيقة تدخل تحت الشرط الخامس من شروط الرواية المقبولة -أي شرط انتفاء العلة القادحة- و لم يذكرها علماء المصطلح في كتبهم تحت هذا الموضوع -أي موضوع الشروط- وإنما ذكروها تحت موضوع آخر. لذلك كان من الأهمية بمكان أن نشير هنا إلى أهمها بإيجازٍ .

وهذه القرائن هي -في الأصل- مقاييس استقاها العلماء من أسلافهم الصحابة والتابعين، لنقد الأحاديث بالنظر إلى متونها، دون النظر إلى أسانيدها، وطبقوها على أيِّ حديث تنطبق عليه سواء أكان سنده صحيحاً أم ضعيفاً، ومن العلماء الذين طبقوا تلك المقاييس بجرأة على الأحاديث الصحيحة الأسانيد الإمام ابن القيم (ت ٧٥١ هـ) في كتابه: "المنار المنيف في الصحيح والضعيف"، حيث حكم على كثير من الأحاديث الصحيحة الأسانيد بالوضع أو الضعف، كل ذلك بالنظر إلى متونها على حسب هذه المقاييس.

ومن أهم هذه القرائن التي اعتبرها العلماء عللاً تقدح في متن الحديث دون أن يُنظر إلى سنده، بل حتى وإن كان سنده صحيحاً، **ما يأتي:**

---

(١) انظر: القاسمي، الشيخ محمد جمال الدين: قواعد التحديث، تحقيق محمد البيطار، دار النفائس،بيروت،ط٢ ١٤١٤هـ، ص١٠٥. وابن الصلاح: علوم الحديث، ص٤٨. وقارن بتدريب الراوي للسيوطي: ١/ ١٧٦-١٧٧.

١- مخالفة الحديث لصريح القرآن أو السنة المتواترة مع عدم إمكان الجمع والتوفيق في ذلك كلّه[١].

وممّا اعتبره العلماء مخالفاً لصريح القرآن الكريم حديث: "مقدار الدنيا وأنه سبعة آلاف سنة ونحن في الألف السابعة"، فهذا من أبين الكذب، وهو موضوع بسبب متنه، لأنه يجعل كل أحد عالماً بتوقيت القيامة[٢]،وهو يناقض قوله تعالى: **﴿يسئلونك عن الساعة أيّان مُرسها قل إنما علمها عند ربي لا يُجليها لوقتها إلا هو ثقُلت في السموات والأرض لاتأتيكم إلا بغتة﴾**[٣].

وممّا اعتبره العلماء مناقضاً للسنة الصريحة مناقضة بيِّنة، حديث "إذا حُدّثتم عني بحديث يوافق الحق فخذوا به، حَدَّثتُ به أو لم أحدِّث"[٤]. فهذا يُعارض الحديث المتواتر الذي يقول: "من يقل عليّ ما لم أقل فليتبوأ مقعده من النار"[٥].

---

(١) أي يُشترَط في هذه الأمارة من أمارات القدح عدم إمكان التوفيق والجمع بين الحديث المدروس وبين ما عارضه إذا لم يكن راويه ضعيفاً،وهذا شرط للحكم على الحديث أنه معلول أو مكذوب، وهو أن تكون مخالفــته للأدلة القطعية مخالفة صريحة جازمة، لا يُحتمل أن يُراد بالنص تأويل لمعنى آخر، كأن يكون فيه كناية، أو نوع تشبيه بلاغي، أو عام أُريد به الخاص، وما أشبه ذلك. قال الإمام السبكي: "كل خبر أوهم بــاطلاً و لم يَقــبل الــتأويل فمكذوب، أو نقص منه ما يزيل الوهم". (ابن السبكي، تاج الدين: جمع الجوامع، طبعة مصر، ٧١/٢. وانظر: السيوطي، تدريب الراوي ٢٧٦/١-٢٧٧).

(٢) ابــن قيم الجوزية، أبي عبد الله محمد بن أبي بكر: المنار المنيف في الصحيح والضعيف، تحقيق الشيخ عبد الفــتاح أبو غدة (الناشر مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب،الطبعة السادسة ببيروت،سنة ١٩٩٤م)، ص ٨٠.

(٣) سورة الأعراف: من آية ١٨٧.

(٤) عبد الفتاح أبو غدة: لمحات من تاريخ السنة وعلوم الحديث (الناشر مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب ط:٤، سنة ١٤١٧ في بيروت)، ص ١٦٨.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب العلم من صحيحه، رقم (١٠٩) ترقيم فتح الباري.

٢- مخالفة الحديث لمقتضى العقل السليم بحيث لا يقبل التأويل[١]، ويلتحق به ما يدفعه الحسّ والمشاهدة والعادة[٢]:

ومن المخالف للعقل ما رواه ابن الجوزي من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جدّه مرفوعاً: " إن سفينة نوح طافت بالبيت وصلّت خلف المقام ركعتين"[٣]. فهذا من السخافات التي لا يمكن أن يقولها عاقل وهو ركيك اللفظ والمعنى، فلا يعقل صدوره عن النبي ﷺ، وواضع هذا الخبر: عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، مشهور بكذبه وافترائه[٤].

ومما تشهد العادة والمشاهدة ببطلانه حديث: "أكل السمك يوهن الجسد"[٥]. فالمشاهدة والعادة أنّ الناس يأكلون السمك ولم يحصل أنه كان سبباً في ضعف الجسد بل العكس هو الصحيح.

٣- مخالفة الحديث للحقائق العلمية الثابتة في الكون:

ومن المخالف للحقائق العلمية الثابتة في الكون حديث: "إن الأرض على صخرة، والصخرة على قرن ثور، فإذا حرك الثور قرنه تحركت الصخرة فتحركت الأرض، وهي الزلزلة". قال ابن القيم:"والعجب من مُسَوِّد كُتُبُه بهذه الهذيانات"[٦].

---

(١) أي لا يقبل حمله على معنى يرتضيه العقل، أي لا يُحتمل أن يُراد بنص الحديث تأويل لمعنى آخر يرتضيه العقل السليم، كأن يكون فيه كناية، أو نوع تشبيه بلاغي، أو عام أُريد به الخاص، وما أشبه ذلك.

(٢) انظر: السيوطي، تدريب الراوي ٢٧٦/١. وابن حجر، شرح النخبة، ص ٨٧. والخطيب البغدادي،الكفاية (طبعة دائرة المعارف العثمانية، الهند، حيدر آباد ١٣٥٧هـ)، ص ١٧.

(٣) السيوطي: تدريب الراوي، ٢٧٨/١.

(٤) أحمد محمد شاكر: الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث للحافظ ابن كثير، عماد الدين إسماعيل (مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط٣، ١٤٠٨هـ)، ص ٦٤.

(٥) ابن القيم: المنار المنيف، ص ٦٤.

(٦) المرجع السابق، ص٧٨.

٤– مخالفة الحديث للتاريخ الثابت ثبوتاً صحيحاً:

ومن المخالف للواقع التاريخي الثابت ثبوتاً صحيحاً حديث: "وضع الجزية عن أهل خيبر"[١]، حيث إن بعض اليهود زوَّروا كتاباً فيه أن رسول الله ﷺ أسقط عنهم الكُلَف والسُّخَر والجزية، ووضعوا فيه شهادة بعض الصحابة رضي الله عنهم، وهذا الكتاب كذب مختلَق بإجماع أهل العلم ومناقض للتاريخ الصحيح الثابت من عدَّة أوجه، نذكر واحداً منها: وهو أنّ في هذا الكتاب شهادة "سعد بن معاذ"، وسعد قد تُوفِّي قبل ذلك في يوم بني قريظة، بعد غزوة الخندق بشهر، أي سنة خمس من الهجرة، قبل فتح خيبر بسنتين، لأن خيبر فُتحت في سنة سبع من الهجرة، ومعروف أن الجزية لم تكن قد شُرعت آنذاك، وإنما أُنزلت آية الجزية بعد عام تبوك في السنة التاسعة من الهجرة[٢].

وعليه فإن الحديث الذي توفرت فيه الشروط الستة السابقة، وانتفت منه القرائن التي اعتبرها العلماء عللاً تقدح في متنه حتى وإن كان سنده صحيحاً هو الحديث الذي يُحكَم له بالقبول بلا خلاف بين أهل الحديث، لتوفُّر عامل النقل الصحيح، واندفاع القوادح الظاهرة والخفيَّة، وسلامته من معارض أقوى منه.

وخلاصة القول في هذا الضابط: هو أنّ الناظر في الحديث إذا لم يُحَصِّل هذه المعارف، كان نظره قاصراً، ووقوعه في الخطأ محققاً.

---

(١) انظر: ابن كثير، عماد الدين إسماعيل: البداية والنهاية (طبعة السعادة، ١٣٥١)، ١٢/ ١٠١ — ١٠٢. وياقوت الحموي: معجم الأدباء (دار المأمون، ١٣٥٥)، ٤/١٨. وابن السبكي، تاج الدين: طبقات الشافعية الكبرى (طبعة عيسى البابي الحلبي المحققة، ١٣٨٢)، ٤/٣٥. والسخاوي، الإعلان بالتوبيخ، طبعة القدسي، ص١٠.

(٢) ذكر ابن قيم الجوزية كذب هذا الحديث من عشرة أوجه. (انظر: ابن القيم، المنار المنيف ص١٠٢ وما بعدها، وأحكام أهل الذمة له أيضًا: مطبعة جامعة دمشق، ١/٦—٧).

وهذا ما جعل بعض المغرضين الذين حُرموا المعرفة بهذه المقاييس في التصحيح والتضعيف، يستشهدون على أفكار سقيمة بروايات ضعيفة، أو موضوعة، وفي مصادر ليست معتبرة عند علماء الحديث، ليضربوا بها نصوصاً صحيحة -أو على الأقل-أرجح منها.

ولذلك فإنّ بداية التعامل مع النصوص الحديثية المرويّة تكون بالاستيثاق من ثبوتها، وإعمال المعايير النقدية لأهل الحديث فيها، ومعرفة ما قيل في الحكم عليها.

مثال يوضح تطبيق هذا الضابط على الفقه الموروث:

عند تطبيق هذا الضابط على الفقه الموروث نجد في هذا الفقه -على ما به من روعة ودقّة وإبداع -أحكاماً اجتهادية نحن في حلٍّ من الإعراض عنها، لأن مداركها أو مآخذها ضعيفة عند النظر والموازنة، حيث إنها بُنيَت على أحاديث لم تتوفر فيها شروط القبول، أو على الأقل مرجوحة.

مثال ذلك: حديث: "أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط"[1]. فهذا الحديث لا يوجد بهذا اللفظ في أيّ كتاب من الكتب الستة ولا ما في مستواها، كموطأ مالك، أو مسند أحمد، أو مسند الدارمي، ولم يُخرجه إلاّ الطبراني في الأوسط، وابن حزم في المحلّى، والخطابي في المعالم، والحاكم في كتاب علوم الحديث في باب الأحاديث المتعارضة ولم يُعرف إمام من أئمة الحديث صحّحه أو حسّنه، بل استغربه النووي وغيره -كما في تلخيص الحبير للحافظ ابن حجر- وقال ابن القطان: "وعلّته ضعف

(١) الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، دار الحرمين، القاهرة، ١٤١٥هـ، ٤/٣٣٥.

أبي حنيفة في الحديث"[(1)].

وقد ترتب على هذا الحديث عند من أخذ به، قبْل عصرنا، تضييق على الناس، حيث جرى عرف كثير من البلاد باشتراط أمور فيما بينهم إذا باعوا أو اشتروا، و لم يَسَعْ العلماء إبطالها فيشق ذلك على الناس ويحرجهم.

كذلك في عصرنا، فالأخذ بهذا الحديث يسبب تضييقاً وحرجاً على الناس حيث جرى عُرف الناس على بيع وشراء كثير من الآلات والأجهزة بشرط ضمان مؤسساتها لها لمدة محدّدة، سنة أو عدّة سنوات، تصلحها إذا فسدت أو تُبدِّلها إذا تعطّلَت، إلى غير ذلك من الشروط التي لا تستقر ثقة الناس وطمأنينتهم إلا بتوافرها في الحياة التجارية.

وهذا هو الذي جعل متأخري الحنفية يضطرون للقول بتخصيص هذا الحديث بالعرف[(2)]. وكان من الأجدر بهم أن ينظروا في سند هذا الحديث نفسه قبل الاستدلال به على الحكم! هل هو صحيح ؟ وهل سلم من معارض أقوى منه ؟

ولذلك أنكر العلامة ابن قيم الجوزية الأخذ بهذا الحديث الذي لا يُعلم له إسناد يصح، مع مخالفته للسنّة الصحيحة والقياس، ولانعقاد الإجماع على خلافه، فقال: " أما مخالفته للسنة الصحيحة فإن جابراً باع بعيره واشترط ركوبه إلى المدينة، والنبي ﷺ قال:"من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع"، فجعله للمشتري بالشرط الزائد على عقد البيع، وقال: "من باع ثمرة قد أُبِّرَت فهي للبائع إلا أن يشترطها المبتاع فهذا بيع وشرط ثابت بالسنّة الصحيحة الصريحة.

---

(1) ابن حجر، أحمد بن علي: تلخيص الحبير (المدينة المنورة، سنة ١٣٨٤هـ ـ١٩٦٤م)، ج٣ ص١٢ حديث رقم ١١٥٠. والزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر، ١٣٥٧هـ، ج٤، ص١٧.

(2) حاشية ابن عابدين محمد أمين، (الطبعة الثانية سنة ١٣٨٦هـ، دار الفكر، بيروت)، ٢٨٠/٥.

وأما مخالفته للإجماع فالأمّة مُجْمعة على جواز اشتراط الرّهن والكفيل والضمين والتأجيل والخيار ثلاثة أيام، ونقد غير نقد البلد، فهذا بيع وشرط متّفق عليه"[1].

وهذا يعني أنّه ليس كل الأحكام الاجتهادية يجوز العمل بها بإطلاق، ولا كل الفتاوى الصادرة عن المجتهدين يجوز التقليد فيها بإطلاق، بل -كما قال الإمام القرافي- في كل مذهب مسائل، إذا حُقّق النّظر فيها، امتنع تقليد ذلك الإمام فيها[2].

وبهذا يتأكد لنا أنّ التثبت من صحة الأحاديث التي تُبنى عليها الأحكام أمر واجب على كل متفقه، وأنّه لا بدّ لرجل الفقه من أن يرجع إلى المنابع الأصلية من دواوين السنّة وشروحها وعلومها، ليعرف صحيح الأحاديث من معلولها ومقبولها من مردودها، وعامّها من خاصّها، ومطلقها من مقيّدها، ويتمرّس بمعرفة تلك العلوم التي لا يقوم اجتهاد سليم إلا بمعرفتها والتعمّق فيها.

(١) ابن قيّم الجوزيّة، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر: إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، ٢/ ٣٤٦، ٣٤٧.

(٢) القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي: الاحكام، في جواب السؤال التاسع والعشرين، تحقيق: عبد الفتاح أبي غدّة، طبعة حلب، ص١٢٩.

المبحث الثاني
عرض النص على النصوص القرآنية والنبوية الأخرى ذات العلاقة به

بعد التأكد من ثبوت النّص في الموضوع محل النظر، والتحقق من صحّة نسبته إلى مصدره -وهذا أمر يخص الأحاديث النبوية وحدها- فلا بدّ في فهمه واستنباط الأحكام منه، من أن يُعرَض على النصوص القرآنية والنبوية الأخرى ذات العلاقة به، وهذا العرض هو الضابط الثاني من الضوابط المنهجية للاستدلال بالنصوص الشرعية. فالمنهج الصحيح في النّظر، أن لا يُنظر إلى النّص بمفرده، بل لا بد من عرضه على النصوص الأخرى -القرآنية والنبوية- في ذات الموضوع المدروس.

ولهذه النظرة الموضوعية التكاملية أهمية قصوى عند الاجتهاد في فهم النص الشرعي الذي تم التحقق من صحة نسبته إلى مصدره، إذ أنها تعصم فهم المجتهد من الزلل، والتعسف، وتجعل فهمه فهماً موضوعياً علمياً مُركّزاً. ذلك أنّ النصوص القرآنية يُفسّر بعضها بعضاً،وكذلك الأحاديث النبوية يُفسِّر بعضها بعضاً، وهذا أمرٌ مقرّر لدى العلماء، إضافة إلى أنّ الأحاديث النبوية بمنزلة الشرح والتفسير والبيان لمعاني القرآن، فهي البيان النظري والتطبيق العملي للقرآن، تفصّل مجمله، وتبيّن مشكله، وتبسط مختصره، فمهمة الرسول أن يبيِّن للناس ما نُزِّل إليهم(١).

وإنّ حصر التدبر والاستنباط في النّص بمفرده، أو في جزئية من جزئيات النص دون ربطه بنصوص القرآن والسنّة ذات العلاقة به وضمّه إليها يؤدي إلى مفاهيم وأحكام خاطئة وسقيمة، وما وقع فيه كثير من الطوائف والفرق من زيغ مردُّه في بعض صوره إلى جزئية الإدراك وكثير من المفاهيم والأحكام السقيمة التي ذهبت

(١) الشاطبي: الموافقات، ٣٩٦/٤.

إليها بعض الفرق المبتدعة إنما كان أساس الخلل والانحراف فيها هو تمسكها ببعض النصوص وإغفالها للنصوص الأخرى ذات العلاقة، واجتزاؤها للنصوص عن بعضها[1].

فدلالة نصّ الحديث أو القرآن لا تُعرف معرفة حقة إلا إذا دُرس النّص ضمن الإطار الكلّي للنصوص، ولا يُفصل عنها، ولا يؤخذ بنص واحد ويُغفل النظر إلى ما سواه من النصوص مما يُكمِّل معناه أو يُقيّد مطلقه أو يُخصص عمومه أو يُفصِّل إجماله أو يُفسّر إبهامــه أو يلقي شعاعاً على غايته ومقصوده[2]، لأن نصوص الوحي قرآناً وسنّة وحدة متكاملة المعنى تتضافر في بيان أحكام الله تعالى. وفي هذا المعنى يقول ابن حزم: "والحديث والقرآن كلّه كلفظة واحدة، فلا يُحكم بآية دون أخرى، ولا بحديث دون آخر، بل يُضم كلّ ذلك بعضه إلى بعض، إذ ليس بعض ذلك أولى بالاتّباع من بعض، ومن فعل غير هذا فقد تَحكّم بلا دليل"[3].

وهذا يعني أنّه يجب عند استنباط حكم لقضية ما، أو عند فهم نص وبيان دلالته استقصاء وجمع كلّ النصوص التي تتعلق بذلك الموضوع، والمقارنة بينها، وفهم تأثير بعضها على بعض من حيث الدلالة، ودفع ما قد يبدو بينها من تعارض ظاهري بالجمع أو النسخ أو الترجيح، ليستبين بذلك مراد الله تعالى في تلك القضية[4].

---

(١) الشـــاطبي: الاعتصـــام (طـــبعة دار الكتب العلمية بيروت، ١٤١١هـــ – ١٩٩١م)، ١/١٧٧-١٧٨. والدكـــتور يوسف القرضاوي: المرجعية العليا في الإسلام للقرآن والسنة (طبعة مؤسسة الرسالة،١٤١٤ هـــ/١٩٩٣م)، ص١٧٦.

(٢) الدكتور يوسف القرضاوي: المرجعية العليا في الإسلام للقرآن والسنة، ص٧٥.

(٣) ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد: الإحكام في أصول الأحكام (طبعة دار الحديث، القاهرة ١٤٠٤هـــ – ١٩٨٤م)، ٣/٣٧١.

(٤) القاسمي، محمد جمال الدين: محاسن التأويل (طبعة عيسى البابي الحلبي، طبعة أولى، ١٣٧٦هـــ)، ١/١٥٦.

ولبيان هذا المبحث وتوضيحه بالأمثلة التطبيقية يستدعي أن نفصّله في **خمسة محاور: الأول:** في عرض النص القرآني على النصوص القرآنية الأخرى في ذات الموضوع المدروس؛ **والثاني:** في وجوب النظر إلى القرآن والسنة معاً عند الاستدلال بالنصوص الشرعية؛ **والثالث:** في عرض الحديث على القرآن الكريم؛ **والرابع:** في عرض الحديث على الأحاديث الأخرى في ذات الموضوع؛ **والخامس:** في دفع التعارض الظاهري بين مختلف الحديث، أي بين الأحاديث المقبولة(1) التي تتعارض ظواهرها وتختلف. وسوف أُفصِّل ذلك مع توضيحه بذكر بعض الأمثلة التطبيقية لكلّ محور على حدة، وذلك على **النحو الآتي:**

أولاً : عرض النص القرآني على النصوص القرآنية الأخرى ذات العلاقة به :

من الأمور المقرّرة لدى العلماء أنّ النصوص القرآنية يُفسّر بعضها بعضاً ولذلك لا بد في فهم النّص القرآني واستنباط الأحكام منه أن يُضم ويُربط بالنصوص القرآنية الأخرى ذات العلاقة به، وذلك يكون بجمع كل النصوص القرآنية الواردة في الموضوع الواحد، لأنه ربما جاء النص في طريق مجملاً أو عاماً أو مطلقاً، وجاء في طريق آخر مفصَّلاً أو خاصاً أومقيداً، وبجمع كل النصوص الواردة في الموضوع الواحد يتحصل المقصود الحقيقي للنص الذي تتم دراسته.

مثال ذلك قوله تعالى: **﴿حُرمت عليكم الميتة والدّم ولحم الخنزير﴾**(3) وقوله تعالى: **﴿قل لا أجد في ما أوحي إليَّ مُحرمًا على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجسٌ أو فسقاً أُهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عادٍ فإن ربك غفورٌ**

---

(1) أمـــا الأحاديث غير المقبولة، الضعيفة، أو التي لا أصل لها ولا سند، أو الأحاديث الموضوعة المكذوبة، فلا تدخل في هذا المجال، ولا ينبغي الاشتغال بها إلا من باب بيان كذبها وبطلانها ومناقضتها للكتاب والسنة.

(3) سورة المائدة : من آية ٣.

رحيم﴾[1] فلفظ "الدم" المُحَرّم في الآية الأولى جاء مطلقـاً، فهو يصدق على أيّ دَم سواءً أكان دماً مسفوحاً، أم كان دماً متجمداً في العروق والكبد واللحم لكن بضمّ الآية الأولى إلى الآية الثانية والمقارنة بينهما، يتبيّن لنا مراد الله ﷻ، حيث إنّ الدّم في الآية الثانية جاء مقيَّداً بلفظ "مسفوحاً" وبحمل المطلق وهو "الدّم" على المقيّد وهو "دماً مسفوحاً"، يكون الدّم المحرَّم هو الدّم المسفوح فقط، وأما الدَّم الباقي في العروق والكبد واللّحم فهو مباح معفو عنه[2].

ومن أمثلة ذلك أيضاً قوله ﷻ:﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**﴾[3] فإنه عام يوجب بظاهره على كل مطلقة أن تعتدّ بثلاثة قروء سواء كـان طلاقها قبل الدخول أو بعده، حاملاً كانت أو غير حامل صغيرة أو كبيرة، فخصّ من هذا النّص المطلقة قبل الدخول، بقوله ﷻ:﴿ **يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلاً**﴾[4].. وخصّ منه أيضاً من انقطع حيضها بسبب اليأس والصغيرة التي لم تبلغ، والحوامل، بقوله ﷻ:﴿ **واللائي ينسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من أمره يُسرا**﴾[5].

---

(١) سورة الأنعام: آية ١٤٥.

(٢) وهذا المثال هو نموذج لعرض النص القرآني المراد فهمه على النصوص القرآنية فقط في ذات الموضوع، وإلا فالواجب في مثل هذه الحالة هو ليس عرض النص القرآني على النصوص القرآنية فقط، بل عرضه أيضاً على النصوص النبوية في ذات الموضوع، وسنجد هنا قوله ﷺ: " أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ فَأَمَّا الْمَيْتَتَانِ فَالْحُوتُ وَالْجَرَادُ وَأَمَّا الدَّمَانِ فَالْكَبِدُ وَالطِّحَالُ". (أخرجه أحمد في مسنده عن ابن عمر برقم ٥٦٩٠ ترقيم إحياء التراث).

(٣) سورة البقرة: من الأية ٢٢٨.

(٤) الأحزاب: آية ٤٩.

(٥) الطلاق: آية ٤.

ثانياً: وجوب النظر إلى القرآن والسنة معاً عند الاستدلال:

من الألفاظ المتداولة بين العلماء وطلاب العلم أنّ القرآن الكريم مُقدّم على السنة عند الاستدلال، ومن البدهي أن يكون القرآن مقدمًا على السنة في الرجوع إليه عند إرادة معرفة الحكم الشرعي، لأنه مرجع الأدلة جميعًا ومصدر المصادر، لكن مما يجب ملاحظته: أن تقديم القرآن على السنة عند إرادة معرفة الحكم الشرعي ليس بمعنى فصل السنة عن القرآن واطّراحها جانبًا عند الاستدلال ، أي أن القول بتقديم القرآن مطلقًا وأنه لا يجوز النظر في السنة أو السؤال عنها إذا وجد الحكم في القرآن قول غير صحيح على إطلاقه ؛ ذلك أن الحكم قد يوجد في القرآن عامًّا أو مطلقًا أو مجملاً؛ وفي هذه الحالة لا ينبغي الأخذ به دون الرجوع إلى السنة التي تُخصِّص عُموم القرآن، وتُقيِّد مطلقه، وتُفَصِّل مُجمَلَه، وتحمله على غير ظاهره.

وذلك يعني أن الفقيه أو المجتهد لا يتيسر له اقتباس الأحكام من القرآن إلا إذا نظر في بيانه وشرحه وهو السنة ، فقد يكون ظاهر القرآن أمراً فتأتي السنة فتخرجه عن ظاهره ؛ فلا يجوز له أن يحكم بعامّ القرآن مثلاً إلا إذا تأكد عنده أن السنة لم تُخرج من العام بعض الأفراد. وبيان ذلك أن القرآن مثلاً أتى بقطع يد كل سارق، فخصّت السنة من ذلك سارق النصاب المحرز دون غيره ؛ وأتى بأخذ الزكاة من جميع الأموال ظاهرًا، فخصّته السنة بأموال مخصوصة، وأتى بإقامة الصلاة ولم يبيِّن كيفيتها وعدد ركعاتها وأوقاتها، ففصَّلت السنّة هذا الإجمال.

ولذلك وجب القول بالرجوع إلى القرآن والسنة معًا عند اقتباس الأحكام الشرعية لأن السنة بمترلة الشرح والتفسير والبيـــان لمعاني القرآن ؛ فلا يقف المجتهد عند إجمالي القرآن وعمومه وإطلاقه تاركًا السنة التي توضح المجمل وتخصص العموم وتقيد المطلق.

ولا ينبغي القول عند الرجوع إلى السنة - لبيان الإجمال وتخصيص العموم وتقييد الإطلاق في القرآن - بأننا قدمنا السنة على القرآن، بل الصحيح أننا نظرنا في شرح القرآن وتفسيره وبيانه وهو السنة عند استنباط الحكم منه؛ وذلك الشرح والبيان المعبَّر في السنة هو المراد في القرآن؛ فإذا حصل بيان قوله تعالى: ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم** ﴾[1] بأن القطع من الكوع ، وأن المسروق نصاب فأكثر من حرز مثله، فذلك هو المعنى المراد من الآية ؛ ولا نقول في هذه الحالة أن السنة هي التي أثبتت هذه الأحكام دون القرآن، كما أننا لا نقول أننا تركنا القرآن إذا عملنا بتفسير إمام من أئمة التفسير لنصّ منه، بل نقول إننا عملنا بالقرآن واستعنا على فهمه بالشرح والبيان[2].

ثالثاً: عرض الحديث على القرآن الكريم:

القرآن الكريم هو مرجع الأدلة جميعًا ومصدر المصادر، بل هو روح الوجود الإسلامي وأساس بنيانه، ولذلك لا بد في فهم الحديث واستنباط الأحكام منه أن يُعرض على نصوص القرآن الكريم ذات العلاقة به، لأن القرآن الكريم بمثابة الدستور الأصلي الذي ترجع إليه كل القوانين في الإسلام، ولهذا لا يوجد حديث صحيح ثابت يعارض محكمات القرآن وبيّناته الواضحة، وإذا ظن بعض الناس وجود ذلك، فلا بد أن يكون الحديث غير صحيح، أو يكون فهمنا له غير صحيح، أو يكون التعارض وهمياً لا حقيقياً[3].

---

(١) المائدة: آية ٣٨.

(٢) الشاطبي: الموافقات، ٣٩٤/٤ ـــ ٣٩٥ .

(٣) د. يوسف القرضاوي: كيف نتعامل مع السنة (معالم وضوابط)، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي ومكتبة المؤيد بالرياض، طبعة ثالثة، ١٤١١هـ – ١٩٩١م، ص ٩٣.

وهذا يعني أنه لا يمكن أن نفهم الحديث إلاّ إذا عرضناه على القرآن الكريم، ولا تتسنى لنا إمكانية معرفة ضعف متن الحديث -بغض النظر عن سنده- أو صحته إلا في ضوء القرآن الكريم.

وقد كانت مخالفة الحديث لصريح القرآن علّة كافية لردِّ الحديث عند الصحابة والعلماء -حتى وإن كان سنده صحيحاً- فقد ردّ الخليفة الراشد عمر بن الخطاب ﷺ حديث فاطمة بنت قيس أنّ زوجها طلقها ثلاثاً فلم يجعل رسول الله ﷺ لها سكنى ولا نفقة، وقال ﷺ: "لا نَتْرُكُ كِتَابَ اللَّه ﷻ وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا ﷺ لقَوْل امْرَأَة لا نَدْرِي لَعَلَّهَا حَفظَتْ أَوْ نَسِيَتْ[1] لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفقَـــــــةُ "[2]، فاللَّهُ ﷻ يقولُ: ﴿**لاتُخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مُبينة**﴾[3].

وردّت عَائشَةَ رضي الله عنها حديث "إِنَّ الْمَيِّتَ يُعَذَّبُ فِي قَبْرِه بِبُكَاءِ أَهْله عَلَيْه "[4]، لأنه يخالف قوله تعالى:﴿ **ولا تزر وازرة وزر أخرى**﴾[5].

وقد وقع لعائشة رضي الله عنها[6] مثل هذا مع عدد من الصحابة الكرام ﷺ استدركت عليهم ونفت مارَوَوْا وناقشت رواياهم بأدلة نقلية من الآيات

(١) وَقَـــعَ في بعض كتب أصول الفقه: "لا ندري أصدَقت أم كَذَبَت"، وهذا غلط ليس في الحديث،كذا قال ابن القيّم. (حاشية ابن القيم على سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت،ط٢، ١٤١٥هـــ، ٦/٢٨٠).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الطلاق من صحيحه، رقم الحديث (١٤٨٠) ترقيم عبد الباقي.

(٣) سورة الطلاق: من الآية رقم ١.

(٤) أخـــرجه الـــبخاري في كتاب المغازي من صحيحه في (باب قتل أبي جهل) رقم الحديث (٣٩٧٩)،وفي كتاب الجنائز، رقم (١٣٠٤) ترقيم فتح الباري . وأخرجه مسلم في كتاب الجنائز من صحيحه في (باب الميت يعذب ببكاء أهله عليه) الحديث رقم (٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩)، ترقيم عبد الباقي.

(٥) سورة الإسراء: من الآية ١٥.

(٦) كمـــا وقع لجماعة من الصحابة غيرها، استدركوا على مثيلهم ونَفَوا ما رواه وخطّأوه فيه. وإنكار بعض الصحابة ﷺ لمروي صحابي آخر لم يكن لتهمة الكذب أو التقوُّل من راوي ذلك الحديث، وإنما هو من باب احتمال وقوع الخطأ أو السهو أو النسيان من المخطَّأ في نظر النافي، لوجود نصّ قطعيّ أو حديث عنده يراه معارضاً لذاك الحديث في نظره. (الشيخ عبد الفتاح أبو غدة: لمحات من تاريخ السنة، ص٦٩ وما بعدها).

والأحاديث والمبادئ الإسلامية العامة[١]

وتطبيقاً لهذا الضابط ضعّف بعض العلماء العديد من الأحاديث على الرغم من صحة أسانيدها لمعارضتها لصريح القرآن. ومن ذلك ما رواه الإمام مسلم في صحيحه عن أبي هريرة ﷺ قَالَ: "أَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِي فَقَالَ خَلَقَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ التُّرْبَةَ يَوْمَ السَّبْتِ وَخَلَقَ فِيهَا الْجِبَالَ يَوْمَ الأَحَدِ وَخَلَقَ الشَّجَرَ يَوْمَ الاثْنَيْنِ وَخَلَقَ الْمَكْرُوهَ يَوْمَ الثُّلاثَاءِ وَخَلَقَ النُّورَ يَوْمَ الأَرْبِعَاءِ وَبَثَّ فِيهَا الدَّوَابَّ يَوْمَ الْخَمِيسِ وَخَلَقَ آدَمَ عَلَيْهِ السَّلام بَعْدَ الْعَصْرِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فِي آخِرِ الْخَلْقِ فِي آخِرِ سَاعَةٍ مِنْ سَاعَاتِ الْجُمُعَةِ فِيمَا بَيْنَ الْعَصْرِ إِلَى اللَّيْلِ"[٢].

فهذا الحديث عارض صريح القرآن الكريم في سبع آيات من آياته[٣]، منها قوله تعالى: ﴿**الله الذي خلق السموات والأرض وما بينهما في ستة أيام ثم استوى على العرش ما لكم من دونه من ولي ولا شفيع أفلا تتذكرون**﴾[٤] هذا تكلم البخاري[٥] وغير واحد من الحفاظ في هذا الحديث، وجعلوه من رواية أبي هريرة عن كعب الأحبار، ليس مرفوعاً وفي هذا المعنى قال ابن القيم: "وقع الغلط في رفعه وإنما هو من قول كعب الأحبار، كذلك قال إمام أهل الحديث: محمد بن إسماعيل البخاري في تاريخه الكبير، وقاله غيره من علماء المسلمين أيضاً[٦]، وهو كما قالوا لأن الله أخبر أنه خلق

---

(١) وقد جمع الإمامان بدر الدين الزركشي والسيوطي ما ورد من استدراك عائشة على الصحابة ومناقشاتها: الأول في كتابه: (الإجابة لإيراد ما استدركته عائشة على الصحابة)، والثاني في كتابه: (عين الإصابة) فأفادا فوائد عظيمة.

(٢) أخرجه الإمام مسلم في كتاب صفة القيامة والجنة والنار من صحيحه، رقم ٢٧٨٩ ترقيم عبد الباقي.

(٣) وهذه الآيات هي في سورة الأعراف:٥٤، وفي يونس: ٣، وفي هود: ٧، وفي الفرقان: ٥٩، وفي السجدة: ٤، وفي ق: ٣٨، وفي الحديد: ٤.

(٤) السجدة: ٤.

(٥) انظر: البخاري، التاريخ الكبير، تحقيق السيد هاشم الندوي، دار الفكر، ١/ ٤١٣.

(٦) وقد حكى العلامة عبد الرؤوف المناوي في كتابه فيض القدير (طبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى ١٣٥٦هـ، ٣/٤٤٨) عن الزركشي أنه قال: " أخرجه مسلم وهو من غرائبه، وقد تكلم فيه - أي في هذا الحديث- ابنُ المديني والبخاري وغيرهما من الحفاظ، وجعلوه من كلام كعب الأحبار،

السماوات والأرض وما بينهما في ستة أيام، وهذا الحديث يقتضي أن مدّة التخليق سبعة أيام"[1].

وقد ألمح الحافظ ابن كثير في تفسيره إلى ردّه، وقال عن هذا الحديث:"وقد علله البخاري في كتاب التاريخ الكبير فقال: وقال بعضهم رواه أبو هريرة عن كعب الأحبار وهو أصح"[2].

ومن ذلك أنّ بعض العلماء آثر التوقف في الأحاديث الصحاح المعارِضة لصريح القرآن دون ردّها بإطلاق، خشية أن يكون لها معنى لم يُفتح عليه به بعد، ولذلك توقف في حديث رواه أبو داود وغيره[3]، هو: "الوائدة والموءودة في النار"[4].

نفهم مما سبق أن من حق المسلم أن يتوقف في أيّ حديث يرى معارضته لُمحكم القرآن ولصريح آياته إذا لم يجد له تأويلاً مستساغاً.

لكن يجب التنبيه إلى أنّه لا بد من التدقيق في دعوى معارضة الأحاديث للقرآن، والحذر من التسرع والتوسع في ذلك دون أن يكون لذلك أساس صحيح، كما نُقل عن المعتزلة حين اجترؤوا على ردّ الأحاديث الصحيحة المستفيضة في إثبات الشفاعة في الآخرة للرسول ﷺ ولإخوانه الأنبياء والملائكة وصالحي المؤمنين، في عصاة الموحّدين، مثل قوله ﷺ: "أسعد الناس بشفاعتي يوم القيامة من قال: لا إله إلاّ الله خالصاً من قلبه"[5]، وقوله: "يُشَفَّعُ الشهيد في سبعين من أهل بيته"[1]. وكانت

وأن أبـا هريـرة إنمـا سمعه منه، لكن اشتبه على بعض الرواة فجعله مرفوعاً،وقد حرر ذلك البيهقي". وللشيخ عبد الرحمن بن يحيى المعلمي اليماني في (الأنوار الكاشفة، ط. السلفية، ١٣٧٨هـ، ص ١٨٨-١٩٣) كلام طويل حول هذا الحديث وتوجيه رواية أبي هريرة هذه.

(١) ابن القيم: المنار المنيف، ص ٨٤ - ٨٦.

(٢) ابن كثير، إسماعيل بن عمر: تفسير القرآن الكريم، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ، ٤٥٨/٣.

(٣) د. يوسف القرضاوي: كيف نتعامل مع السنة النبوية، ص ٩٦ - ٩٨.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٧١٧)، ترقيم محيي الدين.

(٥) أخرجه البخاري عن أبي هريرة في كتاب العلم من صحيحه، رقم الحديث (٩٩) ترقيم فتح الباري.

شبهتهم في ردّ هذه الأحاديث: أنها تعارض القرآن الذي نفى شفاعة الشافعين، في قوله تعالى:﴿**مَا للظَّالمين من حميم ولا شفيعٍ يُطاع**﴾[1]، وغيرها من الآيات. وهذا استدلالٌ منهم غير موفّق، لأنّ هذه الآيات لا تدلّ على نفي مطلق الشفاعة ولكن تدلّ على نفي أن يكون للمشركين شفيع يطاع، أي تدلّ على نفي الشفاعة للآلهة الزائفة التي ادَّعاها المشركون والمُحرِّفون من أصحاب الديانات الأخرى، الذين كانوا يقترفون الموبقات مُتَّكلين على أن شفعاءهم ووسطاءهم سيرفعون عنهم العقوبة[2]، أما شفاعة عباد الله المصطفين الأخيار فقد أثبتها القرآن مقيدة بشرط هو: أن تكون بعد إذن الله تعالى للشافع أن يشفع، وفي هذا قوله:﴿ **مَن ذَا الذي يَشفع عنده إلا بإذنه**﴾[3].

رابعاً: عرض الحديث على الأحاديث الأخرى ذات العلاقة به:

لا بد في فهم الحديث واستنباط الأحكام منه أن يُضم ويُربط بالأحاديث الأخرى ذات العلاقة به، وذلك يكون بجمع كل الأحاديث المقبولة الواردة في الموضوع الواحد، حيث إننا بهذا الجمع نستطيع أن نكتشف العلل القادحة في صحة الحديث، لأنه ربما جاء الحديث في طريق صحيحاً إلاّ أنه خالف أحاديث أخرى صحيحة معمول بها.

ومن أمثلة ذلك الحديث الذي رواه مسلم: "يَقْطَعُ الصَّلاَةَ الْمَرْأَةُ وَالْحِمَارُ وَالْكَلْبُ "[4]، فقد ردَّته عائشة رضي الله عنها بحديث صحيح معمول به وهو أنها

---

(١) سورة غافر: من الآية ١٨.

(٢) انظر: د. يوسف القرضاوي: كيف نتعامل مع السنة النبوية، ص ٩٩ وما بعدها.

(٣) سورة الأنبياء: من الآية ٢٨.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب الصلاة (باب قدر ما يستر المصلي)، رقم الحديث ٥١١ ترقيم عبد الباقي.

كانت معترضة بين يدي رسول الله ﷺ كاعتراض الجنازة وهو يصلي[1]. وهناك أحاديث أخرى غيره تفيد أنه لا يقطع الصلاة شيء، منها: الحديث الذي أخرجه مَالك "عَنْ ابْنِ شِهَاب عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْد اللَّه أَنَّ عَبْدَ اللَّه بْنَ عُمَرَ كَانَ يَقُولُ: لا يَقْطَعُ الصَّلاةَ شَيْءٌ مِمَّا يَمُرُّ بَيْنَ يَدَيْ الْمُصَلِّي"[2]. ولا مجال في هذا البحث لتفصيل تلك الأحاديث ومناقشتها، ويكفي أن نعلم أنّ هذا هو الذي أخذ به الجمهور من العلماء ورجحه الإمام النووي، وهو في هذا المعنى يقول: "قال مالك وأبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهم وجمهور العلماء من السلف والخلف لا تبطل الصلاة بمرور شيء من هؤلاء ولا من غيرهم، وتأول هؤلاء هذا الحديث على أنّ المراد بالقطع نقص الصلاة لشغل القلب بهذه الأشياء، وليس المراد إبطالها "[3].

كما أننا بجمع الأحاديث الواردة في الموضوع الواحد نعرف المعنى المراد من الحديث المدروس، لأنه ربما جاء الحديث في طريق مجملاً أو عاماً أو مطلقاً، وجاء في طريق آخر مفصَّلاً أو خاصاً أو مقيداً، وبجمع كل الأحاديث المقبولة الواردة في الموضوع الواحد يتحصل المقصود الحقيقي للحديث الذي ندرسه.

ومن أمثلة ذلك ما ورد في "موضوع المزارعة" في كتب الحديث، حيث ورد في هذا الموضوع عدد من الأحاديث يُكمل بعضها الآخر، فقد روى البخاري عن أبي أمامة الباهلي أنه قال -حين نظرإلى آلة حرث- سمعت رسول الله ﷺ يقول: " لا

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الصلاة من صحيحه، باب من قال لا يقطع الصلاة شيء رقم الحديث ٥١٤ ترقيم فتح الباري. ومسلم في كتاب الصلاة من صحيحه، باب الاعتراض بين يدي المصلي، رقم الحديث ٥١٢ ترقيم عبد الباقي.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، في كتاب النداء للصلاة، رقم الحديث ٣٧١.

(٣) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف: شرح النووي على صحيح مسلم (دار إحياء التراث العربي، بيروت،ط٢، ١٣٩٢هـ)، ٢٢٧/٤.

يدخل هذا بيت قوم إلاّ أدخله الله الذل"[1]. ووردت أحاديث أخرى كثيرة تحثّ على الزراعة، منها مارواه البخاري وغيره عن رسول الله ﷺ:"ما من مسلم يغرس غرساً، أو يزرع زرعاً، فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلاّ كان له به صدقة"[2]. ومنها ما رواه مسلم عن جابر قَالَ قَالَ رَسُول اللَّه ﷺ: "مَا مِنْ مُسْلِمٍ يَغْرِسُ غَرْسًا إِلاّ كَانَ مَا أُكِلَ مِنْهُ لَهُ صَدَقَةً وَمَا سُرِقَ مِنْهُ لَهُ صَدَقَةٌ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ مِنْهُ فَهُوَ لَهُ صَدَقَةٌ وَمَا أَكَلَتْ الطَّيْرُ فَهُوَ لَهُ صَدَقَةٌ وَلا يَرْزَؤُهُ أَحَدٌ إِلاّ كَانَ لَهُ صَدَقَةٌ "[3]. وغير ذلك من الأحاديث التي تحثّ على الزراعة.

والمعنى الظاهر للحديث الأول يفيد كراهية الرسول ﷺ للحرث والزراعة التي تفضي إلى ذلّ العاملين فيها، وهذا المعنى الظاهر غير مراد لمعارضته للنصوص الصحيحة الصريحة الأخرى، التي تفيد أن الإسلام لا يَذمّ الزراعة وإنما يحثّ عليها ويرغّب فيها، وأنّ المسلم الزارع أو الغارس مثاب مأجور عند الله ثواب الصدقة على ما يؤخذ من ثمرة غرسه، ولو لم يكن له فيه نيَّة، مثل ما يأكله الحيوان والطير، وما يسرق منه السارق وهي صدقة باقية دائمة غير منقطعة ما دام هناك كائن حيّ ينتفع بهذا الغرس أو الزرع، وهذا ما جعل بعض العلماء قديماً يقولون: إن الزراعة هي أفضل المكاسب[4].

وفي تأويل حديث أبي أمامة بعد أنْ ضُمّ مع بقية الأحاديث في ذات الموضوع يقول الحافظ ابن حجر: "وقد أشار البخاري بالترجمة إلى الجمع بين حديث أبي أمامة والحديث الماضي في فضل الزرع والغرس، وذلك بأحد أمرين: إما أن يُحمل

---

(١) رواه البخاري في كتاب المزراعة من صحيحه، باب ما يحذر من عواقب الاشتغال بآلة الزرع، رقم الحديث ٢٣٢١، ترقيم فتح الباري.
(٢) أخرجه البخاري في كتاب المزارعة من صحيحة، رقم ٢٣٢٠ ترقيم فتح الباري.
(٣) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب فضل الغرس والزرع، رقم (١٥٥٢)، ترقيم عبد الباقي.
(٤) د. يوسف القرضاوي: كيف نتعامل مع السنة النبوية، ص ١١٠.

ما ورد من الذم على عاقبة ذلك، ومحلُّه ما إذا اشتغل به فضيَّع بسببه ما أُمر بحفظه، وإما أن يُحمل على ما إذا لم يضيِّع إلاّ أنه جاوز الحدّ فيه"[1]. وبعض الشراح قال: "هذا لمن يقرب من العدو فإنه إذا اشتغل بالحرث لا يشتغل بالفروسية، فيتأسد عليه العدو، فحقهم أن يشتغلوا بالفروسية، وعلى غيرهم إمدادهم بما يحتاجون إليه"[2].

وهكذا نرى أنه بمجموع الروايات تبيَّن مراد الحديث، واتضح لنا أنّ الاكتفاء بظاهر حديث واحد دون النظر في بقية الأحاديث وسائر النصوص المتعلقة بموضوعه، كثيراً ما يوقع في الخطأ، ويُبعد الناظر فيه عن جادة الصواب، وعن المقصود الذي سيق له الحديث.

ونودّ التنبيه في هذا المقام إلى أنّ العلماء حذَّروا من التوسع في ردّ بعض الأحاديث بدعوى معارضتها لأحاديث أخرى، تماماً كما حذَّروا من التوسع في دعوى معارضة السنَّة للقرآن، وقالوا إنّ الحديث الصحيح المعارَض بمثله لا يُردّ إلا إذا لم يَقبل التأويل المستساغ، وذلك بأن تكون مخالفته للأدلة القطعية مخالفة صريحة جازمة، لا يُحتمل أن يُراد بالنص تأويل لمعنى آخر، كأن يكون فيه كناية، أو نوع تشبيه بلاغي، أو عام أُريد به الخاص، وما أشبه ذلك[3]. أي يُشترَط لردِّه عدم إمكان دفع التعارض الظاهري بين مُختلف الحديث، أي بين الحديث المدروس وبين ما عارضه وهو ما سنبيّنه في النقطة التالية.

---

(١) ابن حجر، أحمد بن علي: فتح الباري شرح صحيح البخاري (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ – ١٩٨٩م)، ج٥، ص ٥ – ٦.

(٢) المرجع السابق، ج٥، ص ٦ .

(٣) انظر: ابن السبكي، تاج الدين: جمع الجوامع، طبعة مصر، ٧١/٢. والسيوطي: تدريب الراوي ٢٧٦/١ -٢٧٧.

خامساً: دفع التعارض الظاهري بين مختلف الحديث:

أي دفع التعارض بين الأحاديث المقبولة التي تتعارض ظواهرها وتختلف -لأول وهلة- معاني متوهًا، حيث إنه قد يواجهنا ونحن بصدد جمع الأحاديث الواردة في الموضوع الواحد أحاديث تبدو في الظاهر متعارضة(1)، وقد ذهب جمهور العلماء من المحدثين وغيرهم إلى أنه يجب دفع هذا التعارض الظاهري بين مختلف الحديث **بالترتيب الآتي**(2):

(أ) **الجمع بين الأحاديث الصحيحة**: أي محاولة الجمع بين مدلولات الأحاديث المتعارضة ظاهراً، فإن أمكن الجمع بينها بغير تعسّف، أي بوجه صحيح ودون إهمال أيّ حديث منها، وذلك بحمل كل واحد منها على معنى مختلف عن الآخر -بحيث تأتلف ولا تختلف وتتكامل ولا تتعارض- فإنه يتعيَّن الجمع بينها ويجب العمل بها جميعاً،ولا يُصار إلى النسخ أو الترجيح، لأن القاعدة العامة أنّ "إعمال النّص الصحيح والعمل به -ولو من وَجه- خير من إهماله". وهذا يقتضي من الباحث سعة العلم، وحسن الفهم، حتى يكون تأويله لها صحيحاً، وجمعه فيما بينها موفقاً غير متكلف،وغير متناقض مع المعاني القرآنية الكريمة، والمقاصد الشرعية المستنبطة

---

(1) وقولنا "في الظاهر"، لأن الأصل في النصوص الشرعية الثابتة المقبولة ألاّ تتعارض، لأن الحق لا يعارض الحق فإذا افتُرِض وجود تعارض، فإنما هو في ظاهر الأمر لا في الحقيقة والواقع، وأسباب التعارض الظاهري تعود في مُجملها إما إلى قصور في إدراك الناظر لدلالات الألفاظ من حيث العموم والخصوص، وإما إلى اختلاف الرواة من حيث الحفظ أو الأداء، وإما إلى الجهل بالناسخ والمنسوخ، أو الجهل بتغاير الأحوال. (انظر: ابن كثير، عماد الدين إسماعيل: اختصار علوم الحديث (مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط٣، ١٤٠٨هـ)، ص١٣٠. والقاسمي، محمد جمال الدين: قواعد التحديث (طبعة دار الكتب، بيروت، ط١، ١٣٩٩هـ)، ص١٦٢ ومابعدها.

(2) ابن الصلاح: علوم الحديث، مع شرحه المسمّى "التقييد والإيضاح" للعراقي ص٢٧١. والسيوطي: تدريب الراوي مع التقريب للنووي ١٩٦/٢ــ١٩٨. وابن حجر: شرح النخبة ص٧٣ــ٧٦. واللكنوي، محمد عبد الحي: الأجوبة الفاضلة للأسئلة العشرة الكاملة (دار السلام بالقاهرة، ط٤، ١٤١٧هـ) ص ١٨٣،وص١٩٦.

من الكتاب والسنة.

وأوجه الجمع متعددة، كحمل العام على الخاص، وحمل المطلق على المقيد، والمجمل على المبيَّن، وتعدد مواقف وأقوال الرسول في المسألة الواحدة إذا ثبت التكرار ولم يكن ثمة تعارض.

ومن أمثلة الجمع بين مدلولات الأحاديث المتعارضة ظاهراً، الجمع بين حديث: "لاَ يُورِدَنَّ مُمْرِضٌ عَلَى مُصِحٍّ"[(١)]، وحديث: "فرّ من المجذوم فرارك من الأسد"[(٢)]، مع حديث:"لا عَدْوَى ولا طِيَرَةَ"[(٣)]. فهذه الأحاديث صحيحة، ظاهرها التعارض، لأن الأول والثاني يُثْبِتَان العدوى، والثالث ينْفيها. وقد سلك العلماء في الجمع مسالك، ووفقوا بين معناها على وجوه متعددة[(٤)]، **أذكر منها ما يلي:**

١- إن إثبات العدوى في الجذام ونحوه مخصوص من عموم نفي العدوى فيكون معنى قوله: "لاعدوى" أي إلا من الجذام ونحوه، فكأنه قال: لا يعدي شيءٌ شيئاً إلا فيما تقدَّم تبييني له أنه يعدي[(٥)].

٢- إن هذه الأمراض، لا تُعْدي بطبعها ولكن الله ﷻ جعل مخالطة المريض بها للصحيح سبباً لإعدائه مرضه،ثم قدَ يتخلف ذلك عن سببه كما في سائر الأسباب، وهذا المسلك هو الذي سلكه ابن الصلاح[(٦)].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، حديث رقم (٥٧٧١)، ترقيم فتح الباري.

(٢) رواه البخاري في كتاب الطب من صحيحه، وأحمد في مسنده عن أبي هريرة.والمجذوم: المصاب بالجذام وهو داء تتساقط أعضاء من يصاب به.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٧٥٣) ترقيم فتح الباري، ومسلم (٢٢٢٢) ترقيم عبد الباقي. والطِّيَرة: التشاؤم بالطيور.

(٤) السيوطي: تدريب الراوي، ١٩٧/٢ ــ ١٩٨.

(٥) حكاه السيوطي عن القاضي أبو بكر الباقلاني (تدريب الراوي ١٩٨/٢).

(٦) ابن الصلاح: علوم الحديث، ص٢٧١.

وقد اعتبر الشيخ أحمد شاكر هذا المسلك أحسن المسالك وأنسبه لتفسير الأمر باجتناب المخالطة بين المريض والصحيح،ذلك أنه قد ثبت من العلوم الطبية الحديثة أن ميكروبات الأمراض المُعدية تنتقل بواسطة الهواء أو البصاق أو غير ذلك على اختلاف أنواعها، وإن تأثيرها في الصحيح إنما يكون تبعاً لما أعطاه الله من مناعة قوية أو ضعيفة بالنسبة لكل نوع من الأنواع، وإن كثيراً من الناس رزقهم الله سبحانه وقاية خِلْقيّة تمنع قبولهم لبعض الأمراض المعيّنة، ويختلف ذلك باختلاف الأشخاص والأحوَال فاختلاط الصحيح بالمريض سبب لنقل المرض، وقد يتخلّف هذا السبب بإرادة الله[1].

ومن أمثلة الجمع بين مدلولات الأحاديث المتعارضة ظاهراً أيضاً الجمع بين أحاديث "الغنى" و"الفقر"[2]، أي الأحاديث المشجِّعة على الكَسْب والإقبال على الدنيا والأحاديث الأخرى التي تُوحي بالزّهد فيها. فلا تعارض بين تلك الأحاديث -عند التحقيق- إذ يمكن الجمع بينها بوجه مقبول، فالتّرغيب في الدّنيا من حيث إنّها مزرعة وطريق إلى الآخرة فيلزم أن يكون نَيْلها ليس خارجاً عن حدود الشّرع، ذلك أنّ مصالح العباد عائدة عليهم بحسب أمر الشّارع وعلى الحدّ الذي حدّه، لا على مقتضَى أهوائهم وشهواتهم، والتّحذير من الدّنيا من حيث الإقبال على لذائذ الدّنيا لذَاتها، بلا ضوابط ولا حدود، وبدون غاية أو هدف أعلَى، وإنّما تلبيةً لمجرَّد دواعيِ الشهوة والهوى فحسب، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: ""ليس الفقر أفضل من الغنى بإطلاق، ولا الغنى أفضل بإطلاق بل الأمر في ذلك يتفصل، فإنّ الغنى إذا أمال إلى إيثار العاجلة كان بالنسبة إلى صاحبه مذموما وكان الفقر أفضل منه، وإنْ أمال إلى إيثار الآجلة بإنفاقه في وجهه والاستعانة به على التزود

---

(١) أحمد محمد شاكر: الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث للحافظ ابن كثير، ص١٣٠-١٣١.

(٢) انظر في ذلك: الدكتور محمد رأفت سعيد: أسباب ورود الحديث، تحليل وتأسيس، طبعة مركز البحوث والدراسات بدولة قطر، سلسلة كتاب الأمة، ١٤١٤هـ، ص٣٨ وما بعدها، وص٦٧ وما بعدها.

للمعاد،فهو أفضل من الفقر والله الموفق بفضله"[1].

(ب) **النسخ**: ويكون عند تعذر الجمع، أي إذا لم يمكن الجمع بوَجه من الوجوه، فلا ينبغي التكلف وليّ أعناق النصوص، وعلينا حينئذ أن نبحث وننظر في أيهما المتقدم، وأيهما المتأخر من الأحاديث، فإن عُلم المتقدِّم من المتأخر عُمل بالمتأخر منهما لأنه ناسخ للمتقدم، ويُلغَى المتقدم ويعتبر منسوخاً. والنّص المتأخر الناسخ، لا يُعرف تأخره بدليل عقلي، ولا بقياس شرعي، وإنما المعرِّف له هو مجرد النقل[2]. ومعرفة ناسخ الحديث ومنسوخه من جهة النقل يكون بأمور، **منها**: بتصريح رسول الله ﷺ كحديث: "كنتُ نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فإنها تذكِّر الآخرة"[3]. **ومنها**: بقول الصحابي، كقول جابر بن عبد الله رضي الله عنه: "كان آخرُ الأمرين من رسول الله ﷺ تركُ الوُضُوء مما مسَّت النارُ"[4]. **ومنها**: بمعرفة التاريخ، كحديث شدَّاد بن أوس وغيره أن رسول الله ﷺ قال: "أفطر الحاجم والمحجوم"[5]، فقد ذكر الإمام الشافعي أنه منسوخ بحديث ابن عباس المتأخر عنه، وهو: " أن النبي ﷺ احتجم وهو محرم صائم"[6]، وذلك أن حديث شداد قد جاء في بعض طرقه أن ذلك كان زمان فتح مكة سنة ثمان من الهجرة، وحديث ابن عباس كان بعده، لأن ابن عباس إنما صحب النبي ﷺ محرماً في حجة الوداع في السنة العاشرة، فيكون

---

(١) الشاطبي: الموافقات، ٤/٦٥٥.

(٢) الغـزالي، أبو حامد محمد بن محمد: المستصفى من علم الأصول (دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، سنة ١٤١٣هـ)، ١/١٠٣.

(٣) أخـرجه مسـلم في صحيحه في كتاب الأضاحي رقم ١٩٧٧ ترقيم عبد الباقي، ورواه أصحاب السنن الأربعة.

(٤) أخـرجه أبو داود والنسائي عن جابر، وصححه ابن خزيمة وابن حبان. وهذا الحديث ناسخ لما أخرجه مسلم عن أبي هريرة وعائشة رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: "توضأوا مما مست النار"، ولما أخـرجه مسلم في صحيحه أيضاً عن جابر بن سَمُرَة: " أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ: أأتوضأ من لحوم الإبل قال: نعم ". (صحيح مسلم، رقم ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٦٠، ترقيم عبد الباقي) .

(٥) رواه أبو داود رقم ٢٣٦٩ ترقيم محيي الدين، والترمذي رقم ٧٧٤ ترقيم أحمد شاكر، وأخرجه غيرهما.

(٦) أخرجه مسلم برقم ١٢٠٢ ترقيم عبد الباقي، والترمذي رقم ٧٧٤ ترقيم أحمد شاكر، وأخرجه غيرهما.

حديثه متأخراً ناسخاً للمتقدم[1].

ومن الأهمية بمكان أن نشير هنا إلى أنّ قضية النسخ لها صلة بعلوم القرآن كما لها صلة بعلوم الحديث، وأنّ كثيراً من النصوص القرآنية والنبوية التي ادُّعي نسخها يتبيَّن عند التحقيق أنها غير منسوخة، فقد يكون من النصوص ما يراد به العزيمة ومنها ما يراد به الرخصة، فيبقى الحكمان كلاهما كل في موضعه. وقد يكون بعض النصوص مقيَّداً بحالة وبعضها الآخر بحالة أخرى، وتغاير الحالات لا يعني النسخ.

ومثال ذلك قوله تعالى:﴿**وإذا حضر القسمة أوْلواْ القُربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً**﴾[2]. فمن العلماء من قال أنّ هذه الآية منسوخة بآية المواريث، وهي قوله تعالى:﴿ **يُوصيكم اللهُ في أولادكم للذَّكر مِثل حظّ الأُنثيين....**﴾[3].

ولكن الإمام الشاطبي يرى أنّ الجمع بين الآيتين ممكن، لاحتمال حمل الآية الأولى على الندب، والمراد بأولي القربى من لا يرث بدليل قوله: "وإذا حضر"، حيث قيّد الرزق بالحضور، فدل على أنّ المراد غير الوارثين لأنّ الوارث يُرزَق مطلقاً حضر أو غاب[4].

ويؤيد ذلك ما أخرجه البخاري في صحيحه عَـنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنّه قَالَ: "هِيَ مُحْكَمَةٌ وَلَيْسَتْ بِمَنْسُوخَةٍ"[5]. وما رواه أبو جعفر النحاس بسنده إلى ابن عباس أنّه قال: " أمر الله ﷻ المؤمنين عند قسمة مواريثهم أن يصلوا أرحامهم

---

(١) الشافعي: اختلاف الحديث، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط١، سنة ١٤٠٥ هـ/١٩٨٥م، ص١٩٧. وابن الصلاح: علوم الحديث، ص٢٦٥.

(٢) سورة النساء: الآية ٨.

(٣) سورة النساء: من الآية ١١.

(٤) الشاطبي: الموافقات، ١٠٣/٣.

(٥) صحيح البخاري، كتاب تفسير القرآن، رقم الحديث ٤٥٧٦ ترقيم فتح الباري.

وأيتامهم ومساكينهم من الوصية، فإن لم يكن وصية وصل لهم من الميراث"[1]. قال أبو جعفر النحاس: "وهذا أحسن ما قيل في الآية أن يكون على الندب والترغيب في فعل الخير والشكر لله ﷻ، فأمر الله تعالى الذين فرض لهم الميراث إذا حضروا القسمة وحضر معهم من لا يرث من الأقرباء واليتامى والمساكين أن يرزقوهم شكراً لله ﷻ على ما فرض لهم"[2].

ومن ذلك ما قيل في النهي عن ادّخار لحوم الأضاحي بعد ثلاث ثم إباحته بقوله ﷺ: "كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي ألا فكلوا وادّخروا"[3]. فقد قيل أن ذلك ليس بنسخ بل النهي في حالة، والإباحة في حالة أخرى[4].

(ج) **الترجيح**: ويكون عند تعذر الجمع بين مدلولات الأحاديث المتعارضة ظاهراً على وَجه مقبول، وتعذر الوقوف على المتقدم والمتأخر، فحينئذ نلجأ إلى البحث في درجة الحديث من حيث القوة المرجِّحة، فإن وُجد مُرجِّح لحَديث على الأحاديث الأخرى المعارضة، من حيث ثبوته أو كثرة رواته أوصافهم -أي كون رواته أتقن وأحفظ-أو نحو ذلك من وجوه الترجيح الكثيرة المعتَبَرَة شرعاً عملنا بالراجح منها وتركنا المرجوح.

وأوجه الترجيح كثيرة مذكورة في كتب الأصول وغيرها، وقد ذكر الحازمي منها في كتابه: "الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار" خمسين وَجهاً، وأوصلها الحافظ عبد الرحيم العراقي في شرحه على مقدمة ابن الصلاح إلى مائة وعشرة أوجه من المرجِّحات، ثم ضبطها السيوطي في كتابه (تدريب الراوي) بتقسيم حاصر

(١) النحاس، أحمد بن محمد بن إسماعيل المرادي أبو جعفر: الناسخ والمنسوخ، تحقيق د. محمد عبد السلام محمد (مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ)، ٣٠٣/١.
(٢) المرجع السابق: ٣٠٣/١.
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الأضاحي رقم ١٩٧٧ ترقيم عبد الباقي.
(٤) د. القرضاوي: كيف نتعامل مع السنة، ص ١٢٢.

في سبعة أقسام رئيسية، وهي: الترجيح بحال الراوي، وبالتحمل، وبكيفية الرواية، وبوقت الورود،وبلفظ الخبر، وبالحكم، وبأمر خارجي[1].

وهذا الموضوع -التعارض والترجيح- من الموضوعات الهامة، التي تدخل في نطاق أصول الفقه، وأصول الحديث، وعلوم القرآن.

(د) التوقف: ويكون عند تعذر الجمع، والنسخ، والترجيح -وهو نادر- فيتوقف المجتهد عن العمل بالأحاديث المتعارضة حتى يظهر له مرجِّح، ومعنى التوقف: عدم الرّفض لها -لثبوتها- بسبب عجز الباحث عن الجمع، أو معرفة المتقدِّم من المتأخر منها، أو الترجيح، حتى يفتح الله سبحانه على الباحث أو على غيره بفهم جديد، مع مداومة النظر. فالتوقف أسلم من الرفض وإهمال النّص لثبوته.

فهذه جملة الطرق لدفع التعارض الظاهري بين مختلف الحديث، وقد رأيتُ الوقوف عليها بصورة مجملة مع توضيح يسير لبعض هذه الطرق بنماذج تطبيقية، وإلا فكل طريق منها في حاجة إلى تفصيل لا يتسع هذا البحث لذكره.

وفي نهاية المطاف نودّ أن نلفت النظر إلى أنّ هذا الضابط المنهجي الذي تكلمنا عنه في هذا المبحث، وهو الجمع والمقارنة بين النصوص الشرعية ذات الموضوع والغاية الواحدة، على مستوى النص الشرعي القرآني وعلى مستوى النص الشرعي النبوي، هذا الضابط أشمل وأدق من التفسير الموضوعي للقرآن الكريم الذي بدأ يُعرَف في الساحة الإسلامية في عصرنا الذي يركز على نصوص الكتاب الكريم دون نصوص السنة النبوية الشارحة والمبيّنة للقرآن، لأن هذا الضابط يقوم على النظر الموضوعي -الشمولي التكاملي- إلى النص الشرعي، كتاباً وسنة، كما أسلفنا، وعلى ضرورة الجمع بين نصوص القرآن ونصوص السنة في القضية الواحدة، وضم

(١) انظر: السيوطي: تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي، ٢/١٩٨ – ٢٠٢.

بعضها إلى بعض، ولا يُكتفَى فيه بجمع الآيات ذات الموضوع الواحدة فقط دون التفات إلى الأحاديث الواردة حول ذات القضية، وذلك لأنّ السنة لئن كانت مفسرة للقرآن وشارحة له، فإنّ الاقتصار على الاستنباط من القرآن دون النظر في شرحه وتفسيره أمرٌ ليس موضوعياً، ولا دقيقاً.

كما أن تطبيق هذا الضابط المنهجي لم يعد أمراً عسيراً في عصرنا، بل أمسى شأناً يسيراً أيسر بكثير من العصور السابقة، وذلك بسبب الخدمات الجليلة التي أولاها علماؤنا -قديماً وحديثاً- لكتاب الله وسنة رسوله المتمثلة في المصنفات العديدة، والمؤلفات الضخمة التي تبيّن وتوضح جميع الجوانب العلمية المتعلقة بالقرآن الكريم والسنة النبوية، وبسبب التطور الهائل في عالم الطباعة والتأليف وضبط المعلومات، مما يعني أن على المجتهد أن يعمد إلى هذه الكتب، وأن يبذل قصارى جهده في استقرائها، وأن يجمع النصوص الشرعية -قرآناً وسنة- ذات الموضوع والهدف الواحد، المتعلقة بموضوع النص، فإذا ما استفرغ المجتهد وسعه بتأن وتؤده، في جمع النصوص، وجب عليه ضم بعضها إلى بعض والمقارنة بينها بعد تحققه- بطبيعة الحال- من صحة النصوص النبوية وسلامتها كلها من الضعف والوهن، بغية التوصل إلى حسن فهم لهذه النصوص، ولا يتعجل في ذلك، فآفة الاجتهاد في الفهم هي التعجل، وبذلك وحده يسلم اجتهاده في فهم النص من التعسف وسوء الفهم، ومن الإساءة في التعامل مع كتاب الله، وسنة ﷺ.

ومن أسباب تيسير تطبيق هذا الضابط أيضاً الأجهزة المتطورة التي أنعم الله بها على الناس في هذا العصر، فإذا استعان بها المجتهد وفّرت له الأوقات الطويلة التي كان يجب عليه استغراقها في تقليب صفحات الكتب التي لا تحصى بحثاً عن حديث نبوي، فغدا بإمكانه نيل ذلك النص في فترة وجيزة، ربما لا تتجاوز بضع دقائق، عن طريق الآلات الحاسبة "الكمبيوتر"، الأمر الذي يُسهل على المجتهد معرفة موضوع النص الشرعي الذي يدرسه.

المبحث الثالث

فهم النص وفق أساليب اللغة العربية وطرقها الدلالية على المعاني

بعد التحقق من ثبوت النّص وصحة نسبته إلى مصدره -إذا كان حديثاً نبوياً- وعرضه على النصوص القرآنية والنبوية الأخرى، لحسن فهمه وتفسيره، وكشف علله،والتأكد من سلامته من معارض هو أقوى منه، أو لدفع ما قد يبدو بينه وبين غيره من النصوص من تعارض ظاهري بالجمع أو الترجيح أو النسخ، ننتقل إلى الضابط الثالث، وهو وجوب فهم ألفاظ هذا النّص وفق أساليب اللغة العربية وطرق الدلالة فيها على المعاني، وما تدل عليه ألفاظها مفردة ومركّبة، لأن النصوص الشرعية -قرآناً وسنّة- جاءت بلسان عربيّ مبين. فاللغة العربية هي لغة القرآن، وبها نزل. قال سبحانه:﴿**إنّا أنزلناه قرءاناً عربياً لعلكم تعقلون**﴾[1]. وهي أيضاً لغة السنة التي جاءت مبيّنة للقرآن. قال تعالى:﴿**وأنزلنا إليك الذّكر لتبين للنّاس ما نُزِّل إليهم ولعلهم يتفكرون**﴾[2]. ﴿**نَزَلَ به الرُّوح الأمين۞ على قلبك لتكون من المُنذرين۞ بلسانٍ عربي مُّبين**﴾[3].

فمن البدهي أن تكون معرفة مدلولات تلك الألفاظ العربية حسب قواعد اللغة العربية وإيحاءاتها الدلالية اللغوية والشرعية والعرفية، فهي السبيل السديد لفهم نصوص الوحي كما أراده الشارع الحكيم، ولأنه لا سبيل إلى تطلّب فهم مدلولات الألفاظ العربية من غير جهة لسان العرب[4]. يقول الإمام الشافعي: "ومن جماع

---

(١) سورة يوسف: آية ٢.
(٢) سورة النحل: من الآية ٤٤.
(٣) سورة الشعراء: ١٩٣-١٩٥.
(٤) الشاطبي: الموافقات، ٢/٣٧٥.

علم كتاب الله، العلم بأن جميع كتاب الله إنما نزل بلسان العرب"[1]، ويقول في موضع آخر: " لا يعلم من إيضاح جمل علم الكتاب أحد جهل سعة لسان العرب وكثرة وجوهه وجماع معانيه وتفرقها، ومن علمه انتفت عنه الشبه التي دخلت على من جهل لسانها"[2].

وألفاظ اللغة العربية ذات دلالات متنوعة، وأساليبها متعددة، ووجوه تصريف القول في اللسان العربي كثيرة، وفي هذا المعنى يقول الشاطبي: "إنّ العرب فيما فطرت عليه من لسانها، تخاطب بالعام يراد به ظاهره وبالعام يراد به العام في وجه والخاص في وجه، وبالعام يراد به الخاص والظاهر يراد به غير الظاهر، وكل ذلك يعرف من أول الكلام، أو وسطه أو آخره، وتتكلّم بالكلام ينبئ أوله عن آخره، أو آخره عن أوله، وتتكلّم بالشيء يُعرف بالمعنى، كما يُعرف بالإشارة، وتسمّي الشيء الواحـــد بأسماء كثيرة، والأشياء الكثيرة باسم واحد، وكل هذا معروف عندها، لا ترتاب في شيء منه هي ولا من تعلّق بعلم كلامها، فإذا كان كذلك فالقرآن في معانيه وأساليبه على هذا الترتيب"[3].

وذلك يعني أنّ معرفة طرق دلالات الألفاظ على المعاني والأحكام لا بد منها، ليقع الفهم واضحاً، ولئلا تختلط المعاني والمدلولات، فيسمَّى بعضها باسم آخر منها، فيؤدي ذلك إلى وضع معنى في غير موضعه، فتبطل الحقائق، ويقع البلاء والإشكال[4].

---

(١) الشافعي، محمد بن إدريس: الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية،بيروت، ص٤٠.
(٢) المرجع السابق: ص ٥٠.
(٣) الشاطبي: الموافقات، ٣٧٦/٢ -٣٧٧.
(٤) ابن حزم: الإحكام في أصول الأحكام (مطبعة العاصمة، القاهرة)، ١١٢٩/٨.

وطرق دلالات اللفظ على المعاني والأحكام هي عبارة عن قواعد أصولية لغوية، مستمدة من طبيعة اللغة العربية، حسبما قرر أئمة اللغة، وقد اعتنى الأصوليون بوضعها وبيانها بعد استقرائهم أساليب اللغة العربية واستعمالات الألفاظ في معانيها، ودلالات الألفاظ على المعاني[1]، وجعلوا هذه القواعد موازين وضوابط لفهم العبارة العربية[2].

والإحاطة بهذه القواعد تستلزم الوقوف على أقسام اللفظ -التي لاحظها الفقهاء والأصوليون- بالنسبة للمعنى، ومعرفة ما يندرج تحت كلّ قسمٍ من فروعٍ وتقسيمات، حيث لاحظوا: أن اللفظ يوضع للمعنى أولاً الذي وضعه له علماء اللغة، ثم يُستعمل في المعنى الموضوع له أو في غيره، ثم إن اللفظ قد تتفاوت دلالته على المعنى من حيث الوضوح والخفاء، لأن الألفاظ في وضوح معانيها وخفائها ليست في درجة واحد، ثم إن اللفظ يختلف أيضاً في كيفية الدلالة على المعنى المستعمل فيه، سواء كان واضحاً أو خفياً.

ولذلك فإن العلاقة بين اللفظ والمعنى عند علماء الأصول، تمت دراستها من أربع جهات تُعتبر أقساماً لِلَّفْظِ بالنسبة للمعنى، وهي على النحو الآتي:

الجهة الأولى: من حيث وضع اللفظ للمعنى. واللفظ بهذه الحيثية ثلاثة أنواع: خاص، وعام، ومشترك.

الجهة الثانية: باعتبار استعمال اللفظ في المعنى الموضوع له أو في غيره وهو بهذا

---

(١) د. وهبة الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي (دار الفكر بدمشق، الطبعة الأولى ١٩٨٦م)، ١/١٩٨.

(٢) هـذه القواعد موازين وضوابط لفهم العبارة العربية، سواء كانت عبارة شرعية أو كانت عبارة قانونية، فما دام القانون مكتوبا باللغة العربية فهو يخضع في فهم ألفاظه وعباراته لهذه الموازين والضوابط، وهي قواعد ضرورية لتفسير أي نص شرعي أو قانوني مكتوب باللغة العربية، وعدم مراعاتها في تفسير النصوص يؤدي إلى الخطأ في فهم القانون ومعرفة أحكامه.

الاعتبار: حقيقة، ومجاز، وصريح، وكناية.

الجهة الثالثة: باعتبار دلالة اللفظ على المعنى، أي من حيث وضوح المعنى وخفائه من اللفظ المستعمل فيه. ويتفرع اللفظ بهذا الاعتبار، أي من حيث الظهور وقوة إفادة المعنى المراد، ومن حيث خفاء المعنى المراد إلى: واضح الدلالة، وغير واضح الدلالة.

وواضح الدلالة أربعة أنواع: ظاهر ونص ومفسر ومحكم[(١)]، وغير واضح الدلالة أربعة أنواع أيضاً: خفي ومشكل ومجمل ومتشابه. وأساس هذا التنويع تفاوت هذه الأنواع في قوة وضوح دلالتها وضعفها، فأقلها وضوحاً: الظاهر، ثم يليه النص، ثم يشتد الوضوح في المفسر، ثم يبلغ ذروته في المحكم. وأقلها خفاء وإبهاماً: الخفي، ثم المشكل، ثم المجمل ثم المتشابه.

الجهة الرابعة: باعتبار كيفية دلالة اللفظ على المعنى المستعمل فيه،أي باعتبار طرق فهم المعنى من اللفظ، سواء كان واضحاً أو خفياً، وبهذا الاعتبار تكون دلالة اللفظ على المعنى إما بطريق عبارة النص، أو إشارة النص، أو فحوى النص (دلالة النص)، أو اقتضاء النص[(٢)].

---

(١) هذا بناء على تقسيم الأحناف فهم يقسمون اللفظ إلى ظاهر ونص - يقبلان التأويل - ومفسر ومحكم لا يقبلان التأويل، أما الجمهور ومنهم الشافعية يقسمون اللفظ إلى ظاهر ونص، فالظاهر ما يقبل التأويل، والنص ما لا يقبل التأويل. ((انظر في ذلك: أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني (مطابع دار الكتاب العربي القاهرة ١٣٨٢هـ)، ١٦٣/١. والعضد، شرح مختصر المنتهى (طبع دار الكتب العلمية بيروت، بدون تاريخ)، ١٦٨/٢. وإمام الحرمين الجويني البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم الديب (طبع مطابع الدوحة، قطر، ١٣٩٩هـ)، ٤١٢/١. وأبو يعلى العدة في أصول الفقه (طبع مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٠)، ١٤٠/١)).

(٢) هذا بناء على تقسيم الحنفية، أما المتكلمون فقد قسموا دلالة الخطاب على مراد المتكلم، أي على الحكم الشرعي إلى قسمين أساسيين هما بحسب تعريف ابن الحاجب وغيره: المنطوق والمفهوم، ثم قسموا المنطوق إلى قسمين: صريح وغير صريح، وقسموا المنطوق غير الصريح إلى ثلاثة أقسام: دلالة الاقتضاء، ودلالة الإيماء ودلالة الإشارة. وقسموا المفهوم إلى قسمين: مفهوم الموافقة، ومفهوم المخالفة.

وقد قسَّم غير الحنفية -أي الجمهور- الدلالات تقسيمات أخرى فقد قالوا بقسمين. الأول: دلالة المنطوق: وهي دلالة اللفظ على حكم شيء ذكر في الكلام ونطق به (وتشمل دلالة العبارة والإشارة والاقتضاء عند الحنفية)، والقسم الثاني: دلالة المفهوم: وهي دلالة اللفظ على حكم شيء لم يذكر في الكلام و لم ينطق به. ويتفرع المفهوم عندهم إلى مفهومين: مفهوم الموافقة: وهو أن يدل اللفظ على مساواة المسكوت عنه للمذكور في الحكم وهذا ما يُسمى عند الحنفية (دلالة النص)؛ ومفهوم المخالفة: وهو دلالة الكلام على انتفاء حكم المنطوق عن المسكوت عنه؛ لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم، و لم يأخذ الحنفية بمفهوم المخالفة، وأخذ به الجمهور، ومثاله في السنة قوله ﷺ:" في سائمة الغنم زكاة "[1]، فمفهوم المخالفة أنه لا زكاة في الغنم المعلوفة. ولمفهوم المخالفة أنواع، نطيل إذا ذكرناها. وتفصيل هذه الطرق وأمثلتها مما لا يحتمل المقام التعرض له فنحن إنما أردنا إعطاء فكرة عامة عن تلك القواعد الأصولية اللغوية التي تعتبر موازين وضوابط لفهم العبارة العربية، ولكلّ منها دراسة مستفيضة في كتب الأصول قديمها وحديثها[2].

إلاّ أننا في هذا المقام لابد من أن نخصّ بالبيان بعض المسائل الهامة المتعلقة بهذا الموضوع، وذلك على **النحو التالي**:

المسألة الأولى: وجوب التأكد من مدلولات ألفاظ النص:

لأنه لا يمكن الاستدلال بالنّص الشرعي إلا بعد أن نفهم معنى لفظ النّص فهماً صحيحاً، ونتأكد من مدلولاته اللغوية والشرعية والعرفية، وإهمال ذلك يجعلنا كذاك

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الزكاة من صحيحه، باب زكاة الغنم، رقم الحديث ١٤٥٤ ترقيم فتح الباري وأخرجه أيضا غيره.

(٢) ولتفصيل كل ذلك يراجع: د. محمد أديب صالح في كتابه: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي (طبع المكتب الإسلامي، بيروت، طبعة ثالثة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م)، ١/ ٤٦٦ -٦٠٥. والمراجع التي أشار إليها.

المستشرق الذي فَسَّرَ كلمة "الطائر" في قوله تعالى: ﴿**وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه**﴾[(١)] بأنّه العصفور وغيره من الطيور التي عنى بها في حياته[(٢)].

ذلك أنّ الألفاظ ما هي إلا قوالب للمعاني والمعنى هو المقصود، وفي هذا يقول الشاطبي:"الاعتناء بالمعاني المبثوثة في الخطاب هو المقصود الأعظم بناء على أن العرب إنما كانت عنايتها بالمعاني، وإنما أصلحت الألفاظ من أجلها، وهذا الأصل معلوم عند أهل العربية، فاللفظ إنما هو وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد والمعنى هو المقصود"[(٣)].

وحيث إنّ نصوص القرآن الكريم والسنّة النبوية قد جاءت على ما عهدته العرب في لسانها، فإنه يجب لذلك أن يكون الفهم لمعاني الألفاظ على صورتها التي كانت عليها حال نزول الوحي، وأن تكون المعاني المستنبطة منضبطة بقواعد اللسان العربي ومواصفاته الدلالية عند نزول النصوص[(٤)] وأما ما يطرأ من تغيّر في الاستعمال اللغوي للألفاظ بمرور الزمن فلا عبرة به، لأنّ الفهم ينبغي أن يتم على أساس ما كان، باعتبار أنّ الخطاب ورد عليه، لا على أساس ما آل إليه الأمر[(٥)].

وهذا يقتضي منا أن نعتني جيداً بالمعاني والمدلولات التي تتضمنها الألفاظ ونتبعها بدقة، ومن لم يراع ذلك يقع في الغلط وسوء الفهم، لأن الألفاظ تتغير دلالاتها من عصر لآخر، ومن بيئة لأخرى، وهذا أمر معروف لدى الدارسين لتطور

---

(١) سورة الإسراء: من الآية ١٣.
(٢) د. محمد رأفت سعيد: أسباب ورود الحديث، تحليل وتأسيس، ص٣٥.
(٣) الشاطبي: الموافقات ٢/٣٩٦.
(٤) المرجع السابق: ٢/٣٩١.
(٥) عبد المجيد النجار: في فقه التدين فهماً وتتريلاً، طبعة مركز البحوث والدراسات بدولة قطر،سلسلة كتاب الأمة، ١٤١٠هـ، ج١، ص٩٢.

اللغات وألفاظها وأثر الزمان والمكان فيها[1].

ومن الأمثلة التي ذكرها العلماء لذلك: كلمة "الصورة و التصوير" التي جاءت في صحاح الأحاديث المتَّفق عليها وتوعَّدت المصوِّرين بأشدِّ العذاب[2]. وقالوا إن المراد بالصورة والتصوير في تلك الأحاديث، ليس هو الشّكل الذي يُلتقط بالكاميرا، ويُسمّى "صورة"، ويُسمّى عمل التقاطه "تصويراً"، فإنّ هذا وإن تعارف الناس في وقتنا على تسميته بالصورة والتصوير، إلا أنّه يختلف عن التصوير المُحرَّم المتوعَّد عليه بالعذاب في الأحاديث، فمن ثمَّ لا يأخذ حكمه، لأن الصورة في عصر النُّبوَّة وما بعده من العصور هي "ما له ظل"، أي التمثال، وعمل التمثال (أي نحته) كان يسمى "تصويراً"، وهو الذي فهمه علماء السلف وحرَّموه في غير لُعَب الأطفال.

ولا يَزعم أحد أنّ تسمية صاحب الكاميرا "مصوِّراً" وتسمية عمله "تصويراً" هي تسمية لغوية، لأنه لا يزعم أحد أنّ العرب حين وضعوا هذه الكلمة خطر ببالهم هذا الأمر، فهي إذن ليست تسمية لغوية، وليست تسمية شرعية أيضاً، لأن هذا اللون من الفنّ لم يُعرف في عصر التشريع، فلا يُتصور أن يُطلق عليه لفظ "مصوِّر" وهو غير موجود، وهذا يعني أن تسمية هذا الفن باسم "التصوير الفوتوغرافي" هي تسمية عُرفية،وكان يمكن أن يُسمّوه شيئاً آخر يصطلحون عليه، كتسمية أهل قَطَر والخليج الذين يُسمّون التصوير "العكس"، ويسمون من يقوم به "العكّاس"[3].

---

(١) د. القرضاوي: كيف نتعامل مع السنة، ص١٧٩. والإمام الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد،إحياء علوم الدين (طبعة دار المعرفة، بيروت)، ٣١/١، ٣٢.

(٢) انظر: صحيح البخاري في كتاب البيوع، حديث رقم ٢٠٨٦، ٢١٠٥، ٢٢٢٥، وفي كتاب بدء الخلق رقم ٣٢٢٦، ترقيم فتح الباري. وصحيح مسلم في كتاب اللباس والزينة، رقم ٢١٠٦، ٢١٠٧، ٢١٠٩، ترقيم عبد الباقي.

(٣) د. القرضاوي: كيف نتعامل مع السنة، ص ١٨٠.

المسألة الثانية: فهم النص في ضوء دلالة لفظه ومعقوله:

لا بد في فهم النص الشرعي وتفسيره واستنباط الأحكام منه أن يُنظر إلى النّص في ضوء دلالة لفظه ومعقوله، ذلك أنّ النصوص الشرعية إما أن تدل على الحُكم بلفظها بطريق من طرق الدلالة المختلفة، وإما أن تدل على الحُكم بمعقولها ومعناها، أي بواسطة ما يعقل منها[1] من العلل والحكم والمصالح التي جاءت النصوص لتحقيقها وحمايتها.

فقوله تعالى: ﴿**فلا تقل لهما أفٍّ**﴾[2]، يدل بلفظه على حرمة التأفيف ويدل بمعقوله على حرمة ما عدا التأفيف من وجوه الأذى كالضرب والشتم وغير ذلك. ذلك أن مناط الحرمة والسبب الذي بنيت عليه ليس هو القول «أفّ» باعتباره قولاً مجردًا عن المعنى، بل باعتباره معنى يحمل الأذى ويجرح مشاعر الوالدين، وإذا كان هذا هو مناط الحرمة المعقول من النص، كانت وجوه الأذى الأخرى كالضرب وغيره كلها سواء في دلالة النص عليها[3]، وإن كانت دلالته على بعضها كقول أفّ بطريق اللفظ ، ودلالته على البعض الآخر – كالضرب والشتم ووجوه الأذى الأخرى – بطريق المعقول . فكأن نص الآية نهى عن كل ما يجرح مشاعر الوالدين ويحمل الأذى لهما، وجعل التأفيف مثالاً لذلك.

وقوله عليه الصلاة والسلام: " لا يقضي القاضي وهو غضبان"[4]، يدل بلفظه على امتناع القضاء مع الغضب،ويدل بمعقوله على امتناعه مع غيره مما يشوش ذهن القاضي ويمنعه من تدقيق النظر، كشدة الجوع والعطش والحَرّ والبرد والخوف، ذلك

---

(١) أي أن النص يدل على حكم الأصل بلفظه ، ويدل على حكم الفرع بمعقوله ومعناه.

(٢) سورة الإسراء: من آية ٢٣.

(٣) بل إن الضرب أولى بالتحريم من التأفيف ، وذلك لكون الأذى الذي علّل به حكم الأصل أشد ظهوراً في الفرع منه في الأصل.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الأحكام برقم ٧١٥٨ ترقيم فتح الباري، ومسلم في صحيحه في كتاب الأقضية برقم ١٧١٧ ترقيم عبد الباقي.

أن مناط امتناع القضاء ليس هو الغضب لذاته بل لما يشتمل عليه من تأثير في نفس القاضي، فكأن الحديث نهى عن القضاء مع كل مشوش وجعل الغضب مثالاً لذلك، وهذا هو الذي يُسمَّى القياس، وكذلك يقال في كل أمثلته. فالقياس عند التحقيق وتدقيق النظر استدلال بمعقول النص، وليس شيئاً زائداً على النصوص ولا مخالفاً لها.

وما قيل بالنسبة للقياس يقال مثله بالنسبة للمصلحة المرسلة، وذلك أن القياس إذا كان استدلالاً بمعقول نص واحد، فإن المصلحة المرسلة استدلال بمعقول جملة نصوص.

فجمع الصحابة ما تفرق من القرآن الكريم - وهو من باب المصالح المرسلة- يرجع إلى معقول عدّة نصوص تفيد وجوب هـــذا الحكم ولزومه أي أنّ مصلحة جمع القرآن ممّا يدخل تحت أصل كلّي قامت نصوص الشريعة على اعتباره ووجوب الرجوع إليه، هذا الأصل هو "حفظ الدِّين".

فالفقيه يقول: جمع الصحابة ما تفرق من القرآن الكريم من الرِّقاع والعُسُب واللِّخاف[1]، وجعله في مكان واحد يحفظ الدين، وحفظ الدين واجب فجمع القرآن الكريم واجب.

أمّا أنّ جمع ما تفرق من القرآن الكريم وجعله في مكان واحد يحفظ الدين فدليله أننا لو لم نجمع ما تفرق من القرآن الكريم، ونجعله في مكان واحد لضاع القرآن الكريم أو بعضه بموت حفظته في حروب الأعداء، وبضياع القرآن يضيع أصل ضروري من الأصول الكلِّية الخمسة[2]، وهو "الدِّين" إذ أنَّ حفظ الدين يكون

---

(١) العُسُب: جمع عسيب، وهو جريدة من النخل كُشط خوصها كانت تستعمل للكتابة عليها. واللِّخاف: حجارة بيضٌ رقاق،واحدها لَخْفَة بوزن صحفة، كأن يُكتب عليها كذلك.

(٢) الأصـــوَل الكلَـــية الخمســـة هي مقاصد الشارع التي أمر بالمحافظة عليها وحمايتها وهي: الدين، والنفس والعقل، والنسل، والمال.

بحفظ كتابه المنزل على سيدنا محمد ﷺ، فضياعه أو ضياع بعضه الذي يحصل بسبب عدم الجمع يؤدي إلى فوات مصلحة ضرورية، هي مصلحة "حفظ الدين"، فإذن الجمع المؤدي إلى حفظ الضروري يجوز بناءً على هذه المصلحة.

وأما أن حفظ الدين واجب: فهو مقطوع به، حيث إن حفظ الدين ثابت بنصوص شرعية كثيرة تفوق الحصر[١].

فالمصلحة الكلية: وهي حفظ الدين مقطوع بها باستقراء نصوص الشريعة وأدلتها، والمصلحة الجزئية: وهي جمع ما تفرق من القرآن الكريم مما يدخل تحت هذه المصلحة الكلية، وعلى ذلك فالحكم الذي معنا، وهو وجوب جمع ما تفرق من القرآن الكريم، ليس إلا استدلالاً بمعقول النصوص التي أوجبت حفظ الدين.

وعليه فما سمّاه الأصوليون مصلحة مرسلة هو في الحقيقة طريقة خاصة من طرق الاستدلال بالنصوص، وهي الاستدلال بمعقول جملة نصوص كما أنّ القياس استدلال بمعقول نص واحد[٢].

وإنّ المتتبِّع لفقه أئمة المذاهب الفقهية يجدهم جميعاً يأخذون بطريقة الاستدلال هذه، ويفرعون على أساسها باعتبارها طريقًا من طرق الاستدلال بالنصوص، وإن لم يُسمِّها البعض مصلحة مرسلة، تشهد بذلك الفروع الفقهية الواردة في كتبهم، ولكن لا تشهد عباراتهم بذلك صراحة، لأنهم يعدّون هذا الأصل طريقة استدلال معينة - ترجع في

---

(١) انظر: الغزالي: المستصفى في أصول الفقه ١/٢٨٧ ، والشاطبي: الموافقات ٢/٣٢٥ وما بعدها.

(٢) القياس عند الأصوليين المتأخرين يُطلَق على الاستدلال بمعقول نص واحد، ليُفرقوا بينه وبين المصلحة المرسلة التي هي استدلال بمعقول جملة نصوص، أما القياس عند الأصوليين المتقدمين فيطلق على نحو أوسع، فهو يُطلَق على الاجتهاد، إذ إنه إما استدلال بمعقول نص واحد، أو استدلال بمعقول جملة نصوص. وقد قال الإمام الشافعي أنّ الاجتهاد هو القياس، وبهذا المعنى تندرج المصلحة المرسلة عند الأصوليين المتقدمين تحت القياس بمعناه الواسع. (انظر: الرسالة للإمام الشافعي ص٤٧٧).

حال التطبيق إلى الأدلة الأصلية أو المتفق عليها-لا دليلاً مستقلاً بذاته[1].

ومن ثَمّ فإنه لا يسع أحداً أن ينكر هذه الطريقة، لأن إنكارها تعطيل للنصوص الشرعية، ووقوف عند حرفيتها، وإهدار لقاعدة أجمعت عليها الأمة، وهي أنّ نصوص الشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد ودفع الضرر والأذى عنهم ، وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي: «إن القاعدة المقررة أن الشرائع إنما جيء بها لمصالح العباد، فالأمر والنهي والتخيير جميعًا راجعة إلى حظ المكلف ومصالحه، لأن الله غني عن الحظوظ منزّه عن الأغراض»[2].

فهذه القاعدة توجب على الفقيه عدم الوقوف عند لفظ النص، بل عليه أن يتعرف على المصلحة التي جاء النص لتحقيقها، أو المفسدة التي نزل لمنعها ودفعها، ثم يُفسِّر النص تفسيراً يُحقق هذه المصلحة أو يدفع تلك المفسدة، وتلك هي المصلحة المرسلة بعينها، فهي المصلحة التي تستند إلى كلّيّ الشرع، وإن لم تكن مستندة إلى الجزئيات الخاصة المُعيَّنة[3]، وتندرج تحت مفهوم القياس على النصوص الشرعية عند العلماء المتقدمين، فهي معقول جملة نصوص، أي هي المصلحة التي شهدت النصوص لجنسها بمعنى أنّها تدخل تحت أصل شهدت له النصوص بالجملة، وقامت عليه الأدلة وليست مصلحة حكم بها العقل المجرّد وحده حتى تكون شرعاً بالرأي أو تفريعًا بالهوى.

ومما يجدر التنبيه إليه هنا: هو أنه لا يترك أحد من أئمة الفقه النصوص الشرعية بالمصلحة المجردة ويقدمها على النصوص، كما ظن البعض بالإمام مالك ذلك أننا قد رأينا

---

(١) انظر: الغزالي: المستصفى في أصول الفقه، ٣١٠/١ ، ٣١١.

(٢) الشاطبي: الموافقات ١٢٨/١.

(٣) انظر: الزنجاني، شهاب الدين محمود بن أحمد: تخريج الفروع على الأصول، تحقيق الدكتور محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة ببيروت، الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٢م، ص ٣٢٠.

أن المصلحة المرسلة التي يحتج بها هؤلاء الأئمة هي المصلحة الملائمة لجنس تصرفات الشرع - أي التي تشهد لها جملة نصوص تفوق الحصر - فإذا نقل عن إمام منهم تخصيص النص بالمصلحة ، فإن المخصص لهذا النص هو النصوص التي شهدت لجنس المصلحة بالاعتبار، فهو في الواقع طبق قواعد الترجيح بين الأدلة على تعارض المصلحة المرسلة - المستفادة من معقول نصوص شرعية كثيرة لا تنحصر- مع معنى نص جزئي معيّن ، ولا ضير في أن يُخصّ نص أو يُقيَّد بجملة نصوص اجتمعت على معنى واحد حتى أفادت فيه القطع، وفي هذا المعنى يقول الإمام الغزالي: "وإذا فسرنا المصلحة بالمحافظة على مقصود الشرع، فلا وجه للخلاف في اتباعها بل يجب القطع بكونها حجة ، وحيث ذكرنا خلافًا فذلك عند تعارض مصلحتين ومقصودين، وعند ذلك يجب ترجيح الأقوى"[1].

ولم يقل أحد من أئمة الفقه أنّ المصلحة التي تخصص عموم النص أو تقيد إطلاقه هي المصلحة التي يحكم بها العقل المجرد دون أن يشهد لها الشرع، فمثل هذه المصلحة باطلة، لأنها وهمية -ما دامت النصوص الشرعية لا تشهد لها بالاعتبار- وليست مصلحة حقيقية ، فهي ليست حجة فضلاً عن أن تعارض النصوص الشرعية وتقدّم عليها، وفي هذا المعنى يقول إمام الحرمين الجويني: "ولا يجوز التعلق عندنا بكل مصلحة ، ولم يَرَ ذلك أحد من العلماء ، ومن ظن ذلك بمالك رضي الله عنه فقد أخطأ ، فإنه قد اتخذ من أقضية الصحابة رضي الله عنهم أصولاً وشبّه بها مأخذ الوقائع"[2].

المسألة الثالثة: التفريق بين الحقيقة والمجاز في فهم النص:

والمراد بالمَجاز هنا: ما يشمل المجاز اللغوي والعقلي، والاستعارة والكناية، والاستعارة التمثيلية، وكل ما يَخرج باللفظ أو الجملة عن دلالتها المطابقية الأصلية.

---

(١) الغزالي: المستصفى، ٣١١/١.

(٢) إمام الحرمين، أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني: البرهان في أصول الفقه، تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب (دار الأنصار بالقاهرة، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٠هـ) ١٢٠٤/٢ ، فقرة رقم: ١٢٥٥.

والمجاز أبلغ من الحقيقة، كما هو مقرّر في علوم البلاغة،بل قد نجد في بعض النصوص ضرباً من الإشكال، إذا حُملت على معانيها الحقيقية، كما تؤديها الألفاظ بحسب الدلالة الأصلية، فإذا حُملت على المعنى المجازي زال الإشكال وأسفر وجه المعنى المراد، ولذلك فإنّ حمل الكلام على المجاز في بعض الأحيان يكون متعيّناً، وإلاّ زلّت القدم وسقط المرء في الغلط وسوء الفهم[١]. ومن أمثلة ذلك قوله ﷺ لنسائه أمهات المؤمنين: "أسرعكن لَحَاقاً بي أطولكن يداً "[٢]، فحملْنه على طول اليد الحقيقي المعهود، وكنَّ يتطاولن -رضي الله عنهن- أيّتهن أطول يداً ؟! بل وأخذنا "قصبة" لقياس أيّ الأيدي أطول ؟! كما جاء في رواية البخاري. والرسول ﷺ لم يقصد طول اليد الحقيقي المعهود، وإنما قصد طول اليد في الخير وبذل المعروف فكنى عن ذلك بطول اليد، وهذا ما صدّقه الواقع، فكانت أول نسائه لحوقاً به هي زينب بنت جحش، كانت امرأة صنّاعاً، تعمل بيدها وتتصدّق[٣].

ومن أمثلة ذلك ما رُوي عَنْ النَّبِيِّ ﷺ في الحديث القُدسي الذي يَرْوِيه عَنْ رَبِّه بقوله: " إِذَا تَقَرَّبَ الْعَبْدُ إِلَيَّ شِبْرًا تَقَرَّبْتُ إِلَيْه ذِرَاعًا وَإِذَا تَقَرَّبَ مِنِّي ذِرَاعًا تَقَرَّبْتُ مِنْهُ بَاعًا وَإِذَا أَتَانِي مَشْيًا أَتَيْتُهُ هَرْوَلَةً"[٤]. وقد شغب المعتزلة على أهل الحديث بروايتهم مثل هذا النص وعزوهم ذلك إلى الله تبارك وتعالى، وهو يوهم تشبيهه تعالى بخلقه في القُرْب المادي والمشي والهرولة، وهذا لا يليق بكمال الألوهية. وقد

---

(١) د. القرضاوي: كيف نتعامل مع السنة، ص ١٥٥.

(٢) صحيح البخاري في كتاب الزكاة رقم الحديث ١٤٢٠ ترقيم فتح الباري. وصحيح مسلم في كتاب فضائل الصحابة رقم الحديث ٢٤٥٢ ترقيم عبد الباقي.

(٣) كما جاء في روايةٍ مسلم في صحيحه، أما رواية البخاري فقد وقع فيها وهم حيث ذَكَر أن أطولهن يداً وأسرعهن لحوقاً بالنبي ﷺ كانت سودة ! وهو غلط من بعض الرواة ندد به ابن الجوزي. (انظر: ابن حجر في فتح الباري، طبعة دار المعرفة، بيروت ١٣٧٩هـ، ٢٨٦/٣. والذهبي في سير أعلام النبلاء، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت ١٤١٢هـ، ٢١٣/٢ وما بعدها).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب التوحيد من صحيحه، رقم ٧٥٣٦ ترقيم فتح الباري.

ردّ على هؤلاء الإمام ابن قتيبة بقوله: " إن هذا تمثيل وتشبيه وإنما أراد من أتاني مسرعا بالطاعة أتيته بالثواب أسرع من إتيانه، فكنى عن ذلك بالمشي وبالهرولة "[(١)].

وهذا اللون من التأويل، بحمل النص على المجاز، لا يضيق الدين به ذرعاً، على شرط أن يكون مقبولاً غير متكلّف ولا متعسّف، وأن يكون ثمة موجب للتأويل والخروج من الحقيقة إلى المجاز، بأن يوجد مانع من صريح العقل أو صحيح الشرع أو قطعي العلم أو مؤكد الواقع، يمنع من إرادة المعنى الحقيقي، أي على شرط أن تتوفر للتأويل شروطه المعتبرة وهو ما سنتكلم عنه في المسألة التالية.

المسألة الرابعة: عدم تأويل اللفظ بصرفه عن ظاهره إلا إذا توفرت للتأويل شروطه:

أودّ أن أحذّر هنا أن تأويل النصوص وإخراجها عن دلالتها الظاهرة منها باب خطر، لا ينبغي للعالم المسلم ولوجه إلاّ لأمر يقتضي ذلك من العقل أو النقل، على معنى أنه لا يجوز تأويل[(٢)] اللفظ بصرفه عن ظاهره إلى معنى آخر إلاّ إذا توفرت للتأويل شروطه المعتبرة، فيكون التأويل بذلك صحيحاً مقبولاً، وإن لم تتوفر تلك الشروط كان التأويل فاسداً مردوداً، وسنوجز الكلام عن هذه الشروط على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يكون اللفظ المراد تأويله قابلاً للتأويل بحسب وضعه اللغوي، وذلك كالظاهر عند الشافعية، أو الظاهر والنص عند الحنفية، أما إذا كان

---

(١) ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم: تأويل مختلف الحديث (دار الجيل، بيروت، ١٣٩٣هـ)، ص ٢٢٤.

(٢) التأويل لغة: هو التفسير، وفي اصطلاح الأصوليين: هو "صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى آخر يحتمله لدليل دل على ذلك". ((انظر: تعريفات الأصوليين للتأويل في: عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار (طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٤هـ)، ٤٤/١. والعضد، شرح مختصر المنتهى، ٢/ ١٦٨. والغزالي، المستصفى من علم الأصول (المطبعة الأميرية، مصر،١٣٢٢هـ)، ٣٨٧/١. وابن النجار الفتوحي،شرح الكوكب المنير، تحقيق نزيه حماد ومحمد الزحيلي (طبع دار الفكر، دمشق، ١٤٠٠هـ)، ٤٦١/٣. والشوكاني، إرشاد الفحول (طبع دار المعرفة، بيروت بدون تاريخ)، ص١٧٦)).

اللفظ غير قابل للتأويل، كالنص عند الشافعية، وكالمفسَّر والمُحكَم عند الحنفية، فإنه لا يُؤوَّل للقطع بالمراد منه(١).

الشرط الثاني: أن يستند التأويل إلى دليل صحيح، يدل على صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى غيره، وأن يكون هذا الدليل أقوى من الظاهر بمعنى أن يكون هذا الدليل راجحاً على ظهور اللفظ في مدلوله(٢).

وذلك لأن الأصل في عبارات الشارع ونصوص أحكامه أنها قوالب لمدلولاتها الظاهرة، والواجب العمل بهذه الظواهر، إلاّ إذا قام دليل العدول عنها إلى غيرها؛ فحمل اللفظ على حقيقته إذا تَجرَّد عن القرائن هو الظاهر ولا يُحمل على مجازه إلا بدليل؛ والعام على عمومه هو الظاهر، ولا يُعدل عن هذا الظاهر إلى التخصيص إلاّ بدليل يدل على إرادة هذا التخصيص، والمطلق على إطلاقه هو الظاهر، ولا يعدل عن هذا الظاهر الشائع إلى التقييد إلاّ بدليل يدل على إرادة هذا القيد؛ وظاهر الأمر الوجوب فيجب العمل بالظاهر، ولا يُحمل الأمر على الندب أو الإرشاد إلاّ بدليل وكذلك النهي: ظاهره التحريم، فلا يتحقق مدلوله إلاّ بالكفّ عن الفعل، ولا يُحمل النهي على الكراهة إلاّ بدليل(٣).

الشرط الثالث: أن يكون المعنى الذي أُوِّل إليه اللفظ من المعاني التي يحتملها اللفظ نفسه ويدل عليها ولو على سبيل المجاز، وذلك بأن يكون التأويل موافقاً

---

(١) انظر هامش رقم ١٢٢ من هذا البحث وفيه الإشارة إلى تقسيم اللفظ عند كل من الحنفية والشافعية.

(٢) الغزالي: المستصفى، ١/ ٣٧٨. والفتوحي: شرح الكوكب المنير، ٣/٤٦١. والشوكاني: إرشاد الفحول، ص١٧٧.

(٣) أبــو الخطاب الكلوذاني: التمهيد في أصول الفقه، تحقيق الدكتور محمد بن علي بن إبراهيم (طبعة مركز البحــث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى)، ١/ ٨، ٢٧٣. ومحمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي (طبع المكتب الإسلامي،بيروت،طبعة ثالثة ١٤٠٤هــ- ١٩٨٤م) ١/٣٨١.

لوضع اللغة أو عرف الاستعمال أو اصطلاح الشرع[1]، أما إذا كان المعنى الذي صُرف إليه اللفظ من المعاني التي لا يحتملها اللفظ ولا يدل عليها بوجه من الوجوه، فلا يكون التأويل مقبولاً، ويُرد على صاحبه. ومن التأويلات المرفوضة تأويلات الباطنية التي لا دليل عليها من العبارة ولا من السياق، كقول من قال منهم في حديث " تسحروا فإن في السحور بركة "[2]: المراد بالسحور هنا "الاستغفار"[3]! فهذا تأويل مردود على قائله لأنه تحميلٌ للّفظ ما لا يحتمله، وخروجٌ عن سنن الشرع في لغته أو عادته أو عُرف استعماله، لا سيما وقد جاءت أحاديث أخرى توضح المراد منه بيقين، منها قوله ﷺ:" السَّحُورُ أَكْلُهُ بَرَكَةٌ فَلا تَدَعُوهُ وَلَوْ أَنْ يَجْرَعَ أَحَدُكُمْ جُرْعَةً مِنْ مَاءٍ فَإِنَّ اللَّهَ ﷻ وَمَلائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى الْمُتَسَحِّرِينَ "[4].

الشرط الرابع: أن لا يتعارض التأويل مع النصوص القطعية الدلالة، أو مع القواعد الشرعية الكليّة المقررة المعلومة من الدين بالضرورة؛ لأن التأويل طريقه الاجتهاد الظني، والظني لا يقوى على معارضة الدليل القطعي[5].

الشرط الخامس: أن يكون التأويل مقتصراً على نصوص الأحكام الشرعية العملية[6]، أما النصوص المتعلقة بأمور العقائد وأصول الدين وكل ما يتصل بعالم

---

(١) ا نظـر: الشوكاني، إرشاد الفحول، ص١٧٧. والتلمساني، أبي عبد الله محمد بن أحمد: مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف (دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣م)، ص٧٤ — ٧٦. وعـز الدين بـن عـبد السـلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (دار المعرفة،بيروت)، ٢/ ١٠٠ ـــ ١٠٢.

(٢) متفق عليه من حديث أنس كما في اللؤلؤ والمرجان (٦٦٥).

(٣) د. القرضاوي: كيف نتعامل مع السنة، ص١٦٩.

(٤) رواه أحمـد في مسنده عن أبي سعيد الخدري برقم ١٠٧٠٢ ترقيم إحياء التراث، وإسناده قوي كما في الترغيب للمنذري.

(٥) محمد أبو زهرة، أصول الفقه (طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، ١٤١٧هـ — ١٩٩٧م)، ص١٣٨.

(٦) انظـر: الشـوكاني، إرشاد الفحول، ص١٧٦. وابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم: مجمـوع فتاوى شيخ الإسلام، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (مكة المكرمة: مكتبة النهضة الحديـثة، ١٤٠٤هـ)، ٥٨/٣. وهـذا الشرط يخص مذهب السلف وليس محل اعتبار عند الأشاعرة والمعتزلة، وفي المسألة تفصيل يراجع في كتب العقائد والتفسير.

الغيب وأحوال الآخرة، فالذي عليه مذهب السلف أنّ الأَولى أنْ لا نخوض في تأويلها بغير بيّنة ونكلها إلى عالمها، ولا نتكلف علم ما لم نعلم[1]، ونقول ما قاله الراسخون في العلم: ﴿**آمنا به كُلٌّ مِّن عِندِ ربنا**﴾[2].

تلكم هي شروط التأويل، وهي ضوابط للتأويل تصونه عن الخطأ أو العبث بنصوص الشرع، فإذا توفرت هذه الشروط في التأويل كان صحيحاً وإن لم تتوفر كان فاسداً لا يعتد به.

المبحث الرابع
فهم النص في ضوء سبب نزوله أو وروده

من الضوابط المنهجية للاستدلال بالنصوص الشرعية الاستعانة بأسباب النزول أو الورود، فهي ممّا يعين على فهم النصوص الشرعية وبيان دلالاتها، ذلك أنّ الكثير من النصوص في الكتاب والسنة أحاطت بها ظروف وشروط ومناسبات، لا بُدّ من إدراكها أثناء عملية التنزيل للنّص على الواقع. ويُعتبر سبب النزول وسبب الورود، نوعاً من فقه المحل وإعانة للمجتهد على إدراك أهمية توفر الشروط والظروف نفسها للتنزيل.

فأسباب نزول القرآن مطلوبة لمن يريد أن يفهم معانيه أو يفسره، وفي هذا المعنى قال ابن تيمية: "معرفة سبب النزول يعين على فهم الآية، فإن العلم بالسبب يورث العلم بالمسبب، ولهذا كان أصح قولي الفقهاء، أنه إذا لم يُعرف ما نواه الحالف رجع

---

(١) انظر: د. القرضاوي: كيف نتعامل مع السنة، ص١٧٣ وما بعدها.
(٢) آل عمران: من آية ٧.

إلى سبب يمينه وما هيجها وأثارها"[1]. وقال الشيخ أبو الفتح القشيري: "بيان سبب النزول طريق قوي في فهم معاني الكتاب العزيز، وهو أمر تحصل للصحابة بقرائن تحتف بالقضايا"[2]. وذكر السيوطي قول الواحدي: "لا يمكن تفسير الآية دون الوقوف على قصتها وبيان نزولها"[3].

ولذلك أمثلة كثيرة، منها: ما روي في الصحيحين، أنّه أشكل على مروان بن الحكم معنى قوله تعالى:﴿ **لاتحسبن الذين يفرحون بما أتو ويُحبون أن يُحمدوا بما لم يفعلوا فلا تحسبنَّهم بمفازة مِّن العذاب ولهم عذاب أليم** ﴾[4]. وقَالَ: لَئِنْ كَانَ كُلُّ امْرِئٍ فَرِحَ بِمَا أُوتِيَ وَأَحَبَّ أَنْ يُحْمَدَ بِمَا لَمْ يَفْعَلْ مُعَذَّبًا لَنُعَذَّبَنَّ أَجْمَعُونَ، وبقي في إشكاله هذا حتى بيّن له ابْنُ عَبَّاس أَنّ الآية نزلت في أهل الكتاب، قَالَ ابْنُ عَبَّاس: وَمَا لَكُمْ وَلِهَذِه، إِنَّمَا دَعَا النَّبِيُّ ﷺ يَهُودَ، فَسَأَلَهُمْ عَنْ شَيْءٍ فَكَتَمُوهُ إِيَّاهُ وَأَخْبَرُوهُ بِغَيْرِه فَأَرَوْهُ أَنْ قَدْ اسْتَحْمَدُوا إِلَيْه بِمَا أَخْبَرُوهُ عَنْهُ فِيمَا سَأَلَهُمْ وَفَرِحُوا بِمَا أُوتُوا مِنْ كِتْمَانِهِمْ[5]. وهنالك زال الإشكال عن مروان بن الحكم، وفهم مراد الله من كلامه هذا ووعيده[6].

وكما أنّ أسباب نزول القرآن مطلوبة لمن يفهمه أو يفسره، فإنّ أسباب ورود الحديث أشدّ طلباً، ذلك أن الأحاديث تعالج كثيراً من المشكلات الموضعية والجزئية

---

(١) ابن تيمية، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم: كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في التفسير، مكتبة ابن تيمية،تحقيق: عبد الرحمن محمد قاسم النجدي، ٣٣٩/١٣.
(٢) الزركشي، أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله: البرهان في علوم القرآن، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩١هـ، ٢٢/١.
(٣) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر: الإتقان في علوم القرآن، ٨٧/١.
(٤) آل عمران: ١٨٨.
(٥) أخرج هذا البخاري في صحيحه في كتاب تفسير القرآن برقم ٤٥٦٨ بترقيم فتح الباري. ومسلم في صحيحه في كتاب صفات المنافقين وأحكامهم برقم ٢٧٧٨ ترقيم عبد الباقي.
(٦) الزرقاني، محمد عبد العظيم: مناهل العرفان في علوم القرآن (دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٦م)، ١/ ٧٩.

والآنية، وفيها من الخصوص والتفاصيل ما ليس في القرآن الذي هو بطبيعته "جامع ولا يكون جامعاً إلا والمجموع فيه أمور كليات، لأن الشريعة تمت بتمام نزوله"[١]، "ويدل على هذا المعنى -بعد الاستقراء المعتبر- أنه محتاج إلى كثير من البيان،فإن السنة على كثرتها وكثرة مسائلها إنما هي بيان للكتاب"[٢].

لذلك لا بد من النظر في ما بني من الأحاديث على أسباب خاصة،ولا بد من مراعاة تلك الأسباب التي وردت الأحاديث لأجلها،لأن ذلك يساعد على سداد الفهم واستقامته، ولأن الأحاديث إذا بُترت عن أسباب ورودها يضطرب مفهومها أحياناً، وقد تترتب عليها نتائج خاطئة.

مثال ذلك: حديث النهي عن كراء الأرض، وفي لفظ: كراء المَزَارع رواه جماعة من الصحابة عن النبي ﷺ، منهم رافع بن خديج، ولحديثه طرق، ومنهم جَابِر بْنِ عَبْد اللَّه، وله ألفاظ كلّها في "الصحيح" منها: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ " نَهَى عَنْ كِرَاءِ الأَرْضِ "[٣].

فقد يُفهم من هذا الحديث النهي عن كراء الأرض مطلقاً، ويُصحَّح هذا الفهم بمعرفة سبب ورود الحديث، وفي هذا المعنى يقول البلقيني: ولذلك سبب، وهو ما جاء عن رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ قَالَ: كُنَّا أَكْثَرَ أَهْلِ الْمَدِينَة مُزْدَرَعًا كُنَّا نُكْرِي الأَرْضَ، بِالنَّاحِيَة مِنْهَا مُسَمًّى لِسَيِّدِ الأَرْضِ، قَالَ: فَمِمَّا يُصَابُ ذَلِكَ وَتَسْلَمُ الأَرْضُ، وَمِمَّا يُصَابُ الأَرْضُ وَيَسْلَمُ ذَلِكَ، فَنُهِينَا، وَأَمَّا الذَّهَبُ وَالْوَرِقُ فَلَمْ يَكُنْ يَوْمَئِذ"[٤]. وعن رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ قال: " كُنَّا أَكْثَرَ الأَنْصَارِ حَقْلاً، قَالَ: كُنَّا نُكْرِي الأَرْضَ عَلَى أَنَّ لَنَا

(١) الشاطبي: الموافقات، ٣٣١/٣.
(٢) الشاطبي: المرجع السابق، ٣٣١/٣.
(٣) أخرجه مسلم عن جابر بن عبد الله في كتاب البيوع من صحيحه، باب كراء الأرض، رقم ١٥٣٦.
(٤) أخرجه البخاري في كتاب المزارعة من صحيحه، رقم الحديث ٢٣٢٧ ترقيم فتح الباري.

هَذه وَلَهُمْ هَذه، فَرُبَّمَا أَخْرَجَتْ هَذِهِ وَلَمْ تُخرِجْ هَذِهِ، فَنَهَانَا عَنْ ذَلِكَ، وَأَمَّا الْوَرِقُ فَلَمْ يَنْهَنَا "[(١)].

وفي رواية لمسلم عن حَنْظَلَة بْنُ قَيْسٍ الأَنْصَارِيُّ قَالَ: "سَأَلْتُ رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ عَنْ كِرَاءِ الأَرْضِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِق، فَقَالَ لا بَأْسَ به، إِنَّمَا كَانَ النَّاسُ يُؤَاجِرُونَ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ عَلَى الْمَاذِيَانَاتِ وَأَقْبَالِ الْجَدَاوِلِ وَأَشْيَاءَ مِنْ الزَّرْعِ، فَيَهْلِكُ هَذَا وَيَسْلَمُ هَذَا، وَيَسْلَمُ هَذَا وَيَهْلِكُ هَذَا، فَلَمْ يَكُنْ لِلنَّاسِ كِرَاءٌ إِلاَّ هَذَا، فَلِذَلِكَ زُجِرَ عَنْهُ، فَأَمَّا شَيْءٌ مَعْلُومٌ مَضْمُونٌ فَلا بَأْسَ به "[(٢)].

وهكذا تتبع الإمام البلقيني الروايات التي تتضمن سبب الورود، والتي صرَّحت بالسبب المقتضي للنهي، وبيَّنت ما كان عليه الناس في معاملاتهم كما بَيَّنت تَوافُق الفتوى على ما كانوا عليه، وغير ذلك من الفوائد العلمية التي يقف عليها المتتبع لأسباب الورود. ويخلص البلقيني إلى تحرير القول في هذه الروايات، فيقول: فظهر بذلك أن النهي عن كراء الأرض في حديث "جابر" إنما كان لهذا السبب، لا أنه نهي عن الإجارة مطلقاً. ويكون نهي عن كراء الأرض بما كان يُعتاد من الأمور التي فيها الغرر والجهل ويؤدي إلى النزاع.

ويشهد له ما جاء عَنْ سَعْد بْنِ أَبِي وَقَّاص: " أَنَّ أَصْحَابَ الْمَزَارِعِ فِي زَمَانِ رَسُولِ ﷺ كَانُوا يُكْرُونَ مَزَارِعَهُمْ بِمَا يَكُونُ عَلَى السَّوَاقِي مِنْ الزُّرُوعِ وَمَا سَعِدَ بِالْمَاءِ مِمَّا حَــوْلَ النَّبْتِ، فَجَاءُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَاخْتَصَمُوا فِي بَعْضِ ذَلِكَ، فَنَهَاهُمْ

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض بالذهب والورق، رقم ١٥٤٧ ترقيم عبد الباقي.

(٢) نفــس المرجع السابق ونفس المكان، والماذيانات: هي مسايل المياه، جمع مسيل، وقيل: هي ما ينبت على حافتي مسيل الماء، وقيل: ما ينبت حول السواقي، وهي لفظة معربة، وقال الخطابي: هي الأنهار وهي من كلام العجم صارت دخيلاً في كلامهم (القاموس: مذي). وأقبال الجداول: أي أوائل الجداول ورؤوسها، أي منابع الجداول. والجداول: جمع جدول، وهو النهر الصغير أو المجرى الصغير من الماء.

رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُكْـــرُوا بِذَلِكَ وَقَالَ: أَكْرُوا بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ"[1].

هذا وقد نبَّه "البلقيني" في دراسة أسباب ورود الحديث إلى أن السبب قد يكون من لفظ النبي ﷺ، وقد يكون في طريق آخر من طرق الرواية، وقد لا يكون في آخر، وهذا يقتضي التتبع والجمع للأسباب[2].

ومن الأهمية بمكان في هذا المقام أنْ نشير إلى أنّه توجد صلة وارتباط بين سبب الورود وسبب النزول، وتعود هذه الصلة بينهما إلى **ما يلي**:

أولا: إنّ معرفة سبب النزول وكذلك سبب الورود، تشمل معرفة الحال والأحـــوال العامة التي نزل أو ورد فيها النص، وليست معرفة جملة الأسباب الخاصة فقـــط، لأنّه لا بد من معرفة أحوال الأمة التي جاء الوحي بشقيه مخاطباً إياها، إذ بذلك يتمكن المجتهد من حسن فهم النص. ذلك أنّ لنزول الوحي الإلهي بشقيه -الكتاب والسنة- سبباً حقيقياً كلياً يتمثل في الإصلاح الكلي الشامل للوضع الاجتماعي المتأزم من جميع الجوانب، أي إصلاح الفرد والمجتمع عقائدياً، وفكريا، وتربوياً، واجتماعياً، واقتصادياً وسياسياً.. الخ، وأما ارتباط ورود بعض النصوص بأحداث ومناسبات فيعود ذلك إلى المنهج التربوي التعليمي المتدرج الذي اختاره الشارع في التغيير والتعديل والإصلاح، فكأنما تلك الأحداث والمناسبات نماذج للوضع الذي استهدف النص الشرعي تغييره، وتبديله برمته[3].

---

(١) أخـــرجه أحمد في مسنده عن سعد بن أبي وقاص، رقم ١٥٤٥ ترقيم إحياء التراث. وأبوداود في سننه في كـــتاب البيوع رقم ٣٣٩١ ترقيم محيي الدين. والنسائي في سننه في كتاب الأيمان والنذور رقم ٣٨٩٤ ترقيم أبي غـــدة.

(٢) انظر: البلقيني، سراج الدين أبو جعفر عمر بن رسلان (ت ٨٠٥هـــ): محاسن الاصطلاح وتضمين كتاب ابن الصلاح، طبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، سنة ١٣٩٤هـــ، ص٦٤٣ - ٦٤٨.

(٣) انظر: الدهلوي، شاه ولي الله: الفوز الكبير في أصول التفسير، تعريب: سليمان الحسيني الندوي (الهند،دار الصحوة، طبعة ثانية ١٩٨٦م)، ص٣١.

ولا يعني ذلك أنّ يتوقف فهم المجتهد للنص على ذلك الحدث أو تلك المناسبة، لأنّه من الممكن الوصول إلى معاني آيات وأحاديث كثيرة دونما معرفة أسباب نزولها، أو ورودها، حيث إنّ الأسلوب الذي ورد به النص الشرعي يكاد يوضح المعنى المراد للشارع في حالة عدم توقف المجتهد على سبب نزوله أو وروده، ولكن معرفة سبب الترول والورود تزيد المعنى لدى المجتهد وضوحاً وجلاءً وصفاءً، الأمر الذي يجعل معرفة سبب الترول والورود أمراً ذا أهمية كبيرة، ومكانة عالية في حسن فهم النص الشرعي، وإدراك المراد الإلهي منه.

ومن الممكن تحقيق هذا الضابط، وتطبيقه في واقع الأمر عن طريق التعرف على أحوال العالم، سكان الجزيرة وشبهها، وقت بعثة الرسول ﷺ، وعن طريق النظر في بعض الأسباب الجزئية الخاصة التي عني العلماء بنقلها حول بعض الآيات والأحاديث، مع ملاحظة أنّ تلك المعلومات -دونما شك-معلومات صنعها التاريخ ينبغي تلقيها إذا ما صحّت نسبتها إلى الصحابي أو التابعي الناقل إياها.

وهذا يعني أنّ كلا النوعين -سبب الورود وسبب الترول- يعتمدان على رواية الصحابي أو التابعي، ولا يجوز لأحد من الناس الاجتهاد في تكوينها أو تعديلها، أو التغيير فيها، لأنها معلومات على ذمة التاريخ والسبب في عدم خضوع تكوين هذه المعلومات للاجتهاد في حالة صحتها هو أنها أخبار يَتلفظ بها من عاصر وواكب نزول الوحي، كتاباً وسنة وتلعب المعاينة والمشاهدة دورهما في تكوينها، ولذلك، فلا مجال للتفكر أو الاجتهاد في تكوينها. وفي هذا المعنى ما ذكره السيوطي في الإتقان عن الواحدي أنّه قال: "لا يحلّ القول في أسباب نزول الكتاب إلا بالرّواية والسّماع ممن شاهدوا التتريل، ووقفوا على الأسباب، وبحثوا عن علمها"[1]. والعلماء يعتبرون أنّ خبر الصحابي الذي شهد الوحي والتتريل عن آية من القرآن

(١) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر: الإتقان في علوم القرآن، ٩٢/١.

الكريم أنها نزلت في كذا، يعتبرونه حديث مسند مرفوع إذ قول الصحابي فيما لا مدخل فيه للاجتهاد، مرفوع وشرط قبوله صحة السند، وإذا وقع الخبر من تابعي فهو مرفوع أيضا لكنه مرسل، وشرط قبوله صحة السند إليه، وأنْ يكون راويه من أئمة التفسير، المعروفين بأنهم لا يروون إلا عن الصحابة، كمجاهد وعكرمة وسعيد بن جبير، أو أنْ يكون معتضداً بخبرٍ مُرسلٍ آخر أو متصل(1).

وعلى ذلك فإنّ سبب النزول يجري عليه من الأحكام ما يجري على الأحاديث، مـــن جهة التوثيق للروايات، واتّباع الطرق العلمية المعروفة لدى علماء الحديث بين مختلفها، إذ إنّ كثيراً من تلك الأسباب لم تخلُ عند نقلها إلينا من شوائب الخلط في النقل عن الصحابة حيناً، وأمارات الضعف حيناً آخر(2)، الأمر الذي يعني ضرورة إخضاع قبولها للضوابط المنهجية من تحقق في صحة نسبة النص إلى مصدره الذي سبق لنا الحديث حوله ومن حسن الفهم لعبارات نصوص تلك الأسباب(3)، ومن نظرة موضوعية تكاملية بين النصوص، وذلك بجمع النصوص ذات العلاقة والمقارنة بينها وغير ذلك من الضوابط المذكورة في هذا البحث.

وبهذا يتمكن المجتهد من تطبيق هذا الضابط وتحقيقه في أرض الواقع فيوفق لحسن فهم النص الشرعي، وحسن التعامل معه.

---

(1) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر: الإتقان في علوم القرآن، ٩٤/١. والحاكم النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله: معرفة علوم الحديث، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، سنة ١٩٧٧م، ص ٢٠.

(2) فكثير من الكتب التي ألفت في أسباب النزول، وأسباب الورود، يتطلب على المجتهد النظر من جديد في أسانيدها ومتونها، إذ تضم بين طياتها روايات واهية، وآثارا ضعيفة وربما موضوعة. (انظر: الدهلوي شاه ولي الله: الفوز الكبير في أصول التفسير، ص٩٦-٩٧).

(3) لأنه ليست كل العبارات التي تنقل عن الصحابة أو التابعين ينبغي أن يفهم منها أنها أسباب نزول وورود وقد نبه إلى هذا الموضوع الزركشي عندما قال في كتابه البرهان في علوم القرآن ما نصه: "وقد عرف من عـــادة الصـــحابة والتابعين أن أحدهم إذا قال: نزلت هذه الآية في كذا، فإنه يريد بذلك أن هذه الآية تتضـــمن هذا الحكم، لا أن هذا كان السبب في نزولها " (انظر: الإمام بدر الدين الزركشي: البرهان في علوم القرآن،تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، بيروت، منشورات المكتبة العصرية، طبعة ١٩٧٢م، ج١ ص ٢٣).

ثانياً: إنّ معرفة سبب الترول، وكذلك سبب الورود، تجعل الإنسان مدركاً لحقيقة معنى النص وأبعاده، ومدركاً لوجه الارتباط بين النص والحكم والحكمة التي تكون في هذا الارتباط، وتزيل الإشكال عند الوقوف أمام المعاني في بعض النصوص، فهي تبيِّن مدلول النص من جهة، وتزيل الاختلاف والتعارض من جهة أخرى. يقول الزركشي: "وأخطأ من زعم أنه لا طائل تحته، لجريانه مجرى التاريخ، وليس كذلك بل له فوائد منها: وجه الحكمة الباعثة على تشريع الحكم"[١]. وهذا يعين المجتهدين في كل عصر لمعرفة الصفات المشتركة بين الفرع والأصل عند القياس، ويُيسِّر عليهم الوقوف على تحقق الحكمة عند استنباط الأحكام للمشكلات المعاصرة[٢].

ولذلك فإنّ معرفة سبب الترول وسبب الورود من أهم الأمور المطلوبة للفقيه المسلم اليوم، ذلك أن الكثير من النصوص في الكتاب والسنة أحاطت بها ظروف، وشروط، ومناسبات -كما أسلفنا- ولا بد من إدراكها أثناء عملية التتريل للنص على الواقع. ومعرفة سبب الترول وسبب الورود نوعاً من فقه المحل، وإعانة للمجتهد على إدراك أهمية توفر الشروط والظروف نفسها للتتريل. فعندما نهى الرسول ﷺ عن ادخار لحوم الأضاحي، إذا لم نعلم السبب، قد نقع في مشكلة تأبيد التحريم في الأحوال كلها، بينما لو علمنا سبب الورود ندرك أنّ التحريم كان لسبب طارئ، وهو طروء الفقر، ووجود ضيوف وافدين على المدينة في مناسبة طيّبة، هي عيد الأضحى، فيجب أن يُوفَّر لهم ما يوجبه كرم الضيافة وسماحة الأخوة من لحم الضحايا، فلما انتهى هذا الظرف العارض وزالت هذه العلة الطارئة، زال الحكم الذي أفتى به الرسول تبعًا لها -فإن المعلول يدور مع علته وجودًا وعدمًا -

(١) الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله: البرهان في علوم القرآن، ١/٢٢.
(٢) د. محمد رأفت سعيد: أسباب ورود الحديث، تحليل وتأسيس، ص ١٠٢- ١٠٣.

وعاد الحلّ، وسمح بالأكل والادخار بقوله ﷺ: "إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ -أي عن أكل لحوم الأضاحي بعد ثلاث- مِنْ أَجْلِ الدَّافَّةِ[1] الَّتِي دَفَّتْ، فَكُلُوا وَادَّخِرُوا وَتَصَدَّقُوا"[2]، وقوله: "كُلُوا وَأَطْعِمُوا وَادَّخِرُوا، فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَامَ -أي العام الذي نهي فيه عن الادخار - كَانَ بِالنَّاسِ جَهْدٌ، فَأَرَدْتُ أَنْ تُعِينُوا فِيهَا"[3].

"إنّ هذا الفهم للمحل واستطاعته، وظروفه، الذي يمنحه لنا فقه سبب التزول والورود، يدفعنا قبل تتريل الأحكام على الواقع، إلى فهم ظروف وشروط الواقع، وهذا هو الاجتهاد المطلوب في مورد النص، ومعرفة مدى استطاعته، وحدود تكليفه"[4].

وهذا يعني أنّ أسباب التزول والورود، هي أشبه ما تكون بوسائل إيضاح لتتريل النّص على الواقع، فهي أداة معينة على التتريل في كل زمان ومكان. لكن هذه الوسائل من أسباب التزول والورود، لا تعتبر قيوداً للنص، تجمده في نطاق المناسبة، بمقدار ما تمنح من كشف وإبانة وتجلية لمعنى النص، وفقه للتتريل على الواقع، لأنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب[5]. بمعنى أنّ العلاقة بين سبب نزول الآية أو سبب ورود الحديث وبين النص الشرعي، علاقة أمر كلي (نص) بأمر آخر جزئي (سبب) في معظم الأحيان، يعني أنّ النص الشرعي كلّي في مضامينه، ولكن نزوله ووروده ارتبط بأمر جزئي في مضامينه، فلئن نزلت آية أو ورد حديث بسبب حادثة أو نازلة، فإن الأصل أن الآية أو الحديث لا يقصدان توجيه هذه

(١) الدّافة: جماعة يقدمون على بلد من آخر، وهم هنا ضعفاء الأعراب الذين قدموا مدينة رسول الله.
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الأضاحي رقم الحديث ١٩٧١ ترقيم عبد الباقي.
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الأضاحي رقم الحديث ٧٧٤ ترقيم فتح الباري.
(٤) الأستاذ عمر عبيد حسنة: تقديم كتاب "أسباب ورود الحديث تحليل وتأسيس للدكتور محمد رأفت سعيد" طبعة مركز البحوث والدراسات بدولة قطر، سلسلة كتاب الأمة، ١٤١٤هـ، صفحة ٢٢.
(٥) انظر: الشوكاني: إرشاد الفحول، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ، ٢٣٠/١. والرازي: المحصول تحقيق طه جابر، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط١، ١٤٠٠هـ، ١٨٩/٣.

الحادثة بعينها وحدها ولكنهما يقصدان في نهاية المطاف توضيح مراد الله في هذه الحادثة وفي مثيلاتها القادمة.

المبحث الخامس
فهم النص في ضوء دلالة سياقه

من الضوابط المنهجية للاستدلال بالنصوص الشرعية مراعاة السّياق الذي وردت فيه، فلا بدّ أن يُربط اللفظ بسياقه، ولا يقطع عما قبله وما بعده فإنّ هذا ممّا يساعد على فهم النصوص الشرعية وألفاظها.

ودلالة السياق تختلف عن دلالة سبب النزول والورود التي سبق لنا الحديث حولها، والفـــرق بين دلالة السّياق ودلالة سبب النزول أو الورود أنّ السياق له تأثير على دلالة النص ومعناه، أمّا سبب النزول أو الورود وإنْ كان يعين في فهم النص إلاّ أنّه ليس له أثر على دلالة النص ومعناه وفي هذا المعنى يقول العلامة ابن دقيق العيد: "يجب أن يُتنبَّه للفرق بين دلالة السياق والقرائن الدالة على تخصيص العموم وعلى مراد المتكلم وبين مجرّد ورود العام على سبب، ولا تجريهما مجرى واحداً، فإنّ مجرّد ورود العام على السبب لا يقتضي التخصيص به، كنزول قوله تعالى:﴿**والسَّارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾[1] بسبب سرقة رداء صفوان، فإنّه لا يقتضي التخصيص به بالضرورة والإجماع، أما السياق والقرائن: فإنها الدالة على مراد المتكلم من كلامه، وهي المرشدة إلى بيان المجملات وتعيين المحتملات، فاضبط هذه القاعدة، فإنها مفيدة في مواضع لا تحصى"[2].

---

(١) سورة المائدة: آية ٣٨.

(٢) ابن دقيق العيد، أبو الفتح محمد بن علي بن وهب القشيري: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام،دار الكتب العلمية، بيروت، ٢/٢٢٥.

وهذا يعني أنّ قرينة السياق من أعظم القرائن الدالة على مراد المتكلم لأنّها طريق إلى بيان المجملات وتعيين المحتملات وتنزيل الكلام على المقصود منه، وفهم ذلك قاعدة كبيرة من قواعد أصول الفقه[1]، ومن أهمل ذلك غلط في فهم النص والاستدلال به، وفي هذا المعنى يقول عز الدين بن عبد السلام: "السياق مرشد إلى تَبيُّن المجملات، وترجيح المحتملات وتقرير الواضحات، وكل ذلك بعرف الاستعمال، فكل صفة وقعت في سياق المدح كانت مدحًا، وكل صفة وقعت في سياق الذم كانت ذمًا، فما كان مدحًا بالوضع فوقع في سياق الذم صار ذمًا واستهزاءً وتهكّمًا بعرف الاستعمال، مثاله: ﴿**ذُق إنَّك أنت العزيز الكريم**﴾[2]، أي الذليل المهان لوقوع ذلك في سياق الذم"[3].

ومن الأمثلة التي تدل على أهمية قرينة السياق: الأمر "**فاكتبوه**" من قوله تعالى**:** ﴿**يا أيها الذين أمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مُسمى فاكتبوه....**﴾[4]. فالأمر بكتابة الدين هنا لا يدل على الحتم والإلزام أي على الوجوب، بل يدل على الندب، بقرينة ما ورد في سياق الآية وهو قوله تعالى: ﴿**فإن أَمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه**﴾[5]. فهذا النص يدل على أن طلب كتابة الدين إنما يراد به الندب لا اللزوم، فهو من قبيل الإرشاد للعباد لَما يحفظون به حقوقهم من الضياع فإذا لم يأخذوا بهذا الإرشاد تحملوا هم نتيجة إهمالهم. وهذه القرينة -كما ترى- قرينة

---

(١) المرجع السابق: ٤/٨٣.

(٢) الدخان - ٤٩.

(٣) عز الدين بن عبد السلام: الإمام، تحقيق رضوان مختار (دار البشائر الإسلامية، بيروت،الطبعة الأولى،سنة ١٤٠٧هـ)، ص ١٥٩-١٦٠.

(٤) سورة البقرة: من آية ٢٨٢ .

(٥) سورة البقرة: من آية ٢٨٣ .

منصوص عليها، صارفة من الوجوب إلى الندب.

ومن ذلك **قوله تعالى**: ﴿**ولقد يسرنا القرآن للذكر فهل من مُدكر**﴾[١]. نَفْهَم من سياق الكلام ودلالته ومن قرائن الأحوال أنّ هذا ليس استفهاماً يُستَفهَم به عن شيء لم يكن معلوماً للمتكلم من قَبل، وإنّما هو أمر، أي أنّ لفظ "هل" خرج عن معناه الأصلي وهو الاستفهام، إلى الدلالة على معنى الأمر، أي أنّه بمعنى تذكَّرْ واتّعظْ بمواعظ القرآن[٢]. ومن هذا القبيل قوله تعالى﴿**فهل أنتم مُنتهون**﴾[٣]، فهو استفهام خرج إلى الأمر بمعنى: انتهوا. فالسياق إذن يقع به التبيين والتعيين، أما التبيين ففي المجملات، وأمّا التعيين ففي المحتملات، ومن تتبّع هذا في ألفاظ الكتاب والسنة والمحاورات وجد منه ما لا يمكنه حصره. وانظر إلى لفظ "التأويل" فإنّه اشتهر بمعنى التفسير مطلقاً أو على وجه مخصوص، ولكنه جاء في القرآن بمعانٍ أخرى تُفهم من خلال ربط اللفظ بسياقه، وذلك في قوله تعالى:﴿**هل يَنظرون إلاّ تأويله يوم يأتي تأويله يقول الذين نسوه من قبل قد جاءت رُسل ربنا بالحق**﴾[٤]، فإنّ المراد به هنا: العاقبة وما يَعِد به القرآن من المثوبة والعقوبة، أي ما يؤدي إليه الأمر في وعده ووعيده[٥].

ولذلك قالوا: "إن أفضل قرينة تقوم على حقيقة معنى اللفظ موافقته لما سبق له من القول، واتفاقه مع جملة المعنى، وائتلافه مع القصد الذي جاء له الكتاب بجملته"[٦].

---

(١) سورة القمر: آية ١٧.

(٢) ففي الآية الحث على دراسة القرآن والاستكثار من تلاوته والمسارعة في تعلمه. (الشوكاني،محمد بن علي: فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر، بدون تاريخ، ١٢٣/٥).

(٣) سورة المائدة:من آية ٩١.

(٤) سورة الأعراف: ٥٣.

(٥) الزرقاني، محمد عبد العظيم: مناهل العرفان في علوم القرآن، ٣٨/٢ ــ ٣٩.

(٦) المرجع السابق: ٣٩/٢.

المبحث السادس
فهم النص في ضوء طبيعة المرحلة وأبعاد الواقع

فهم النص الشرعي في ضوء المرحلة والواقع، وملابساته الزمانية والمكانية، هو الضابط المنهجي السادس لفهم النص والاستدلال به، فمن أهمله غلط في نظره أو غالط في مناظراته، ذلك أنّ فهم المرحلة وفقه الواقع أصل معتبر في الشرع، يؤيده تترل القرآن الكريم على المناسبات وحاجات الناس، إذ أنّه نزل منجماً مفرقاً على الأحداث والأقضية والوقائع راعياً الزمانية المكانية، قال سبحانه وتعالى﴿**وقُرأناً فرقناه لتقرأه على النَّاس على مُكث ونزَّلناه تنزيلاً**﴾[1]. وهذا يعني أنّ خاصية التدرج في الترول والورود للنص الشرعي، تعتبر أمارة واضحة على كون الدّين الإسلامي بمبادئه وأصوله وأحكامه ديناً لا يقفز على الواقع، ولا يستغرق فيه، بل هو واقعي، بمعنى أنّه يراعي الإنسان فطرياً، ويعترف بقيمته، ولا يتنكر له، وقد اقتضت هذه الواقعية في النص الشرعي التدرج بالإنسان وإعانته شيئاً فشيئاً على التخلّي عن الجاهلية وعاداها المستحكمة، والتحلّي بالإسلام وأخلاقه الفاضلة، وهذا المعنى يصدق في كل عملية تربوية، فلا بد من التدرج في التربية والتعليم ولا بد من تهيئة النفوس والعقول لمساعدها على تقبل الأحكام الجديدة ولإعانتها على التخلص من عاداها السيئة، حتى تصبح العملية التربوية قابلة للتطبيق.

ولذلك لا بدّ من فهم مرحلة وواقع النص الشرعي عند إرادة فهمه واستنباط الحكم منه، وتتريل حكمه على الوقائع التي تحقق فيها مناط الحكم وبذلك يتحول

---

(١) الفرقان: ٣٢ ـــ ٣٣.

حكم النص من كونه صورة مجرّدة في الذهن إلى واقع مُشخّص في الحياة[1].

وقد عرفنا أنّ النص الشرعي لا يمكن أن يُفهم فهماً سليماً دقيقاً إلا إذا عُرفت الملابسات التي سيق فيها النص، وجاء بياناً لها وعلاجاً لظروفها حتى يتحدد المراد من النص بدقة، ولا يتعرض لشطحات الظنون أو الجري وراء ظاهر غير مقصود، لأنّ الناظر المتعمق في النصوص يجد أنّ من النصوص ما بني على رعاية ظروف مكانية أو زمانية أو واقعية خاصة ليحقق مصلحة معتبرة، أو يدرأ مفسدة معيَّنة، أو يعالج مشكلة قائمة في ذلك الوقت، مفهومة من الواقع الذي سيق فيه النص، أي الواقع الذي دَلّ عليه سبب الترول أو الورود.

لكن هذا الضابط يختلف عن ضابط "الاستعانة بسبب الترول والورود" لأنّ المقصود هنا بهذا الضابط معرفة الواقع وتحديد المحل الذي يُترل عليه الحكم الشرعي المناسب، المستنبط من النص بعد فهمه، وفهم سبب نزوله أو وروده، أي التأكد من تحقق الواقع المماثل للواقع الذي نزل النص أو ورد بسببه، ولا يتم ذلك إلا بفهم الواقع المعيش الذي يحيا فيه الناس اليوم حتى يُتمكّن من الاتجاه بالنصوص الشرعية من الأنواع الكلية إلى الجزئيات المشخصة، أي إلى التطبيق الجزئي على الوقائع والأحداث المتحققة في واقعنا. وحيث أنّ كل واقعة من هذه الوقائع قد تختلف عن غيرها، إنْ قليلاً أو كثيراً، بحكم الظروف المحيطة بها، أو الملابسات التي أحاطت أو تحيط بها، فإنّه لذلك لا بد من الاجتهاد في شأن كل واقعة من هذه الوقائع لِيُتبيّن إنْ كان الحكم يشملها فَيُترل عليها، أو لا يشملها فيرتفع عنها ليشملها سواه[2].

---

(١) انظـــر: الأســـتاذ أحمـــد بو عود: فقه الواقع أصول وضوابط، طبعة مركز البحوث والدراسات بدولة قطر،سلسلة كتاب الأمة، الطبعة الأولى، المحرم ١٤٢١هـــ، ص٩٠ وما بعدها، وكل الكتاب يدور حول هذا الضابط المنهجي.

(٢) انظـــر: أبو زهرة، محمد: أصول الفقه، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، ١٤١٧هـــ/١٩٩٧م،ص٢٣٠. والشاطبي: الموافقات، ٤/٩٠ ـــ ٩٣.

ولذلك فإنّ هذا الاعتبار - أي اعتبار المرحلة وفقــه الواقع والملابسات الزمانية والمكانية- هو الذي جعل علماء الأمة منذ عصر الصحابة يقرّرون تغيّر الفتوى بتغيّر الزمان والمكان والعُرف والحال. بل بدأ هذا منذ عهد النبي ﷺ، فالناظر في النصوص الشرعية يجد لهذه القاعدة أصلاً فيها، ودليلاً عليها، في أكثر من شاهد ومثال.

من ذلك ما رواه الإمام أحمد في مسنده، من حديث عَبْد اللَّه بْنِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ قَالَ: كُنَّا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ فَجَاءَ شَابٌّ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أُقَبِّلُ وَأَنَا صَائِمٌ ؟ قَالَ لا، فَجَاءَ شَيْخٌ فَقَالَ: أُقَبِّلُ وَأَنَا صَائِمٌ ؟ قَالَ نَعَمْ. قَالَ فَنَظَرَ بَعْضُنَا إِلَى بَعْضٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: قَدْ عَلِمْتُ لِمَ نَظَرَ بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ، إِنَّ الشَّيْخَ يَمْلِكُ نَفْسَهُ"[1].

والشاهد هنا أنّ النبي ﷺ أفتى في موضوع واحد بحكمين مختلفين بناءً على اختلاف واقع الحال، وأشهر من ذلك أن النبي ﷺ كان يجيب عن السؤال الواحد بأجوبة مختلفة، وذلك لاختلاف أحوال السائلين، فهو يجيب كل واحد بما يناسب حاله، ويعالج قصوره أو تقصيره. فقد وجدنا من يسأله عن وصية جامعة فيقول له: " لا تغضب "، وآخر يقول له: "قل آمنت بالله ثم استقم"، وآخر يقول له: "كف عليك لسانك"[2]. وهكذا يعطي كل إنسان من الدواء ما يرى أنه أشفى لمرضه، وأصلح لأمره. وهذا كله -وغيره كثير- أصل في اعتبار الحال وفقه الواقع.

وقد وجدنا مثل هذا في فقه الخلفاء الراشدين للنصوص، الذي يتمثل فيه اعتبار الأحوال الأوضاع وفقه الواقع وملابساته الزمانية والمكانية. من ذلك ما فعله الخليفة

---

(١) رواه الإمـام أحمـد في مسنده، عن عبد الله بن عمرو، حديث رقم (٦٧٠٠) ترقيم إحياء التراث. قال الشيخ أحمد شاكر: إسناده صحيح هذا مع أن فيه ابن لهيعة، وهو صدوق اختلط بعد احتراق كتبه، قال فيه أحمد بن حنبل: من كتب عنه قديماً فسماعه صحيح، وقد وثقه الشيخ أحمد شاكر في مثل هذا المقام.

(٢) انظـر في ذلـك: صحيح البخاري كتاب الآداب حديث رقم ٦١١٦ ترقيم فتح الباري، ومسند أحمد حديث رقم ١٤٩٩٠، ورقم ٢١٥١١ ترقيم إحياء التراث.

عمر بن الخطاب ﷺ في عام المجاعة، الذي يعرف بـ"عام الرمادة"، فقد أسقط في هذا العام القطع عن السارق، حيث ذكر ابن القيم عن السعدي بسنده إلى عمر بن الخطاب ﷺ قال: "لا تقطع اليد في عذق ولا عام سنة"(١). "قال السعدي: سألت أحمد بن حنبل عن هذا الحديث فقال: العذق النخلة، وعام سنة: المجاعة، فقلت لأحمد: تقول به ؟ فقال: أي لعمري. قلت: إن سرق في مجاعة لا تقطعه؟ فقال: لا. إذا حملته الحاجة إلى ذلك، والناس في مجاعة وشدة"(٢). قال ابن القيم: وقد وافق أحمد على سقوط القَطْع في المجاعة الأوزاعي(٣).

وعلى ذلك فالمرحلة والواقع قد يؤثران على الأحكام والمواقف والقرارات والأهداف والاستراتيجيات، وبأثرهما يصبح الراجح مرجوحاً والمرجوح راجحاً، وينقلب المفضول فاضلاً والفاضل مفضولاً، وفي هذا المعنى يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "والمفضول قد يكون أنفع لبعض الناس لمناسبته له كما قد يكون جنسه في الشرع أفضل في بعض الأمكنة والأزمنة والأحوال فالمفضول تارة يكون أفضل مطلقا في حق جميع الناس، كما تقدم، وقد يكون أفضل لبعض الناس لأنّ انتفاعه به أتم، وهذه حال أكثر الناس"(٤). ويقول ابن قيم الجوزية في هذا الصّدد: " لا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: أحدهما: فهم الواقع، والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات، حتى يحيط به علماً، والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حُكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله ﷺفي هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على

---

(١) ابن القيم: إعلام الموقعين، دار الجيل، بيروت، ٣/١٠ ــ ١١. وأبو عبيد، القاسم بن سلام: الأموال،مكتبة الكليات الأزهرية، سنة ١٣٨٨هـ، ص ٥٥٩.
(٢) ابن القيم: إعلام الموقعين، دار الجيل، بيروت، ٣/١١.
(٣) المرجع السابق، ٣/١١.
(٤) ابن تيمية،أحمد بن عبد الحليم: كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه،نشر مكتبة ابن تيمية، ٢٢/٣٤٨.

الآخر ... فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله.. ومن تأمل الشريعة وقضايا الصحابة وجدها طافحة بهذا، ومن سلك غير هذا أضاع على الناس حقوقهم"[1].

ولقد كان سلفنا الصالح من أئمة الفقه والدين يُخرجون الأحكام ويستصدرون الفتاوى ويصيغون خطاب الدعوة وخطبها بحسب ما يقتضيه الواقع وتمليه المرحلة. لذلك كان للإمام الشافعي فقهان: فقه قديم بني على بيئة وحال وواقع أهل بغداد، وفقـــه جديد بناه على بيئة وحال وواقع أهل مصر، وما ذاك إلا لتغير واقع الناس فـــي مصر عن حال أهل العراق فبادر يخاطبهم بما يناسب حالهم وواقعهم.

فلا بد إذن من فهم النص الشرعي في ضوء طبيعة المرحلة وفقه الواقع ومراعاة طبيعة الألفاظ الواردة بالنصوص، ودلالاتها المفاهيمية في المكان أو الزمان الذي وردت به، ولهذا الأمر الأثر الكبير في حسن فهم النص وتتريله المترل المناسب في الواقع.

ومن النماذج التطبيقية التي توضح هذا الضابط المنهجي، ما يأتي:

(١) قوله تعالى:﴿يا أيها النبيُّ حرّض المؤمنين على القتال إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين وإن يكن منكم مائة يغلبوا ألفاً من الذين كفروا بأنهـــم قوم لا يفقهـون﴾[2].

وقوله سبحانه: **﴿الآن خفف الله عنكم وعلم أنَّ فيكم ضعفاً فإن يكن منكم مائة ألفٌ يغلبُوا ألفين بإذن اللّه واللّهُ مع الصَّبرين﴾**[3].

---

(١) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ١/٨٧ـــ٨٨.

(٢) الأنفال: ٦٥.

(٣) الأنفال: ٦٦.

فبعض العلماء يرى أنّ الآية الثانية ليست ناسخة للآية الأولى، بمعنى النسخ الأصولي وهو رفع الحكم الذي تضمنته الآية الأولى، وانتهاء العمل به إلى الأبد، وإنما لكلٍّ من الآيتين مرحلة وواقعٌ ومجالٌ تعمل فيه، فقد تُمثّل الآية الأولى جانب العزيمة، والثانية جانب الرخصة، أو تكون الآية الأولى مقيَّدة بحال القوة، والثانية رخصة مقيَّدة بحال الضعف[1].

يقول البيضاوي في تفسيره: "لّما أوجب على الواحد مقاومة العشرة والثبات لهم وثقل ذلك عليهم، خفف عنهم بمقاومة الواحد الاثنين، وقيل: كان فيهم قلة فأُمروا بذلك، ثم لّما كثروا خفف عنهم"[2].

قال أبو جعفر النحاس: "وهذا شرح بيّن حسن أن يكون هذا تخفيفا لا نسخاً، لأنّ معنى النسخ رفع حكم المنسوخ، ولم يرفع حكم الأول، لأنّه لم يقل فيه: لا يقاتل الرجل عشرة، بل إنْ قدر على ذلك فهو الاختيار له ونظير هذا إفطار الصائم في السفر، لا يقال إنّه نسخ الصوم، وإنّما هو تخفيف ورخصة، والصيام له أفضل"[3].

وذهب بعض المفسرين إلى أنّ آية العزيمة من هاتين الآيتين منسوخة بآية الرخصة التي بعدها، بدليل التصريح بالتخفيف فيها: ﴿**الآن خفف الله عنكم**﴾ ولكن العلماء يرون أنّ الرخصة لا تنافي العزيمة، ولا سيما وقد عللت هنا بوجود الضعف، ونسخ الشيء لا يكون مقترنًا بالأمر به، وقبل التمكن من العمل به، والظاهر أنّ الآيتين نزلتا معًا. ولذلك حكى القرطبي في تفسيره قول ابن العربي: " قال قوم إنّ

---

(١) الدكتور يوسف القرضاوي: مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، بدون تاريخ، ص٢٠٢ وما بعدها.

(٢) البيضاوي، عبد الله بن عمر: تفسير البيضاوي، تحقيق عبد القادر عرفات العشا (دار الفكر،بيروت،سنة النشر ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م)، ٣/١٢٠ - ١٢١.

(٣) النحاس، أحمد بن محمد بن إسماعيل المرادي: الناسخ والمنسوخ، تحقيق د. محمد عبد السلام محمد (مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ)، ١/٤٧٠ - ٤٧١.

هذا كان يوم بدر ونسخ، وهذا خطأ من قائله"[١].

وهكذا فإنّ من يدقق النظر في عدد من الآيات التي قال كثير من المفسرين فيها: منسوخة وناسخة، يجد -عند التحقيق- أنها ليست منسوخة ولا ناسخة، وإنما لكل منها مجال تعمل فيه، وقد تمثل إحداهما جانب العزيمة والأخرى جانب الرخصة، أو تكون إحداهما للإلزام والإيجاب، والأخرى للندب والاستحباب، أو إحداهما في حال الضعف والأخرى في حال القوة ...وهكذا. وذلك مثل آيات الصبر، والصفح والعفو، والإعراض عن المشركين، ونحو ذلك، مما قال فيه كثير من المفسرين: نسختها آية السيف. فالحق: أن لهذه الآيات وقتها ومجالها، ولآية السيف وقتها ومجالها كذلك، ولهذا يجعلها السيوطي من قسم المنسأ، لا من قسم المنسوخ، حيث ذكر في كتابه "الإتقان في علوم القرآن" القسم الثالث من أقسام النسخ، فقال: " الثالث: ما أُمر به لسبب ثم يزول السبب كالأمر -حين الضعف والقلّة - بالصبر والصفح[٢]، ثم نُسخ بإيجاب القتال، وهذا في الحقيقة ليس نسخًا، بل هو من قسم "المنسأ"، كما قال تعالى: ﴿**أو نَنْسَأْها**﴾[٣]، فالمنسأ هو الأمر بالقتال إلى أن يقوى المسلمون وفي حال الضعف يكون الحكم وجوب الصبر على الأذى،وبهذا يضعف ما لهج به كثيرون من أنّ الآية في ذلك منسوخة بآية السيف، وليس كذلك، بل هي من "المنسأ"، بمعنى: أنّ كل أمر ورد يجب امتثاله في وقت ما، لعلّة تقتضي الحكم، ثم ينتقل بانتقال تلك العلة إلى حكم آخر، وليس بنسخ، إنما النسخ: الإزالة للحكم حتى لا يجوز امتثاله"[٤].

---

(١) القرطبي، محمد بن أحمد: الجامع لأحكام القرآن (دار الشعب،القاهرة،ط٢، ١٣٧٢هـ)، ٤٥/٨.
(٢) أي مع الأعداء المحاربين.
(٣) البقرة: ١٠٦. قراءة ابن كثير، وأبي عمرو (نَنْسَأْها)، وقراءة الباقين (نُنْسِها).
(٤) السيوطي: الإتقان في علوم القرآن، ط. الحلبي، جـ ٢، ص٢١.

(٢) الحديث الذي رواه أبو أيوب الأنصاري ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: "لا تستقبلوا القبلة بغائط ولا بول ولا تستدبروها، ولكن شرقوا أو غربوا "[١]. فهذا الحديث فهم منه علماؤنا أنّه ليس عاماً لأهل الأرض جميعاً في كلّ مكان منها، وإنّما هو مرتبط بواقع معيّن، فهو خاص بأهل المدينة ومن على شاكلتها، أما الذي يقع في الشرق من القبلة أو في غربها فيكون له حكم آخر[٢].

(٣) ومن الأمثلة التي تدل على أن الحديث قد يُبنى على رعاية ظرف زمني خاص، ليُحقق مصلحة معتبرة، ثم يتغيّر فيما بعد: قضاء النّبيّ ﷺ بالدِّية على العاقلة - وهم عصبة الشخص- في قتل الخطأ وشبه العمد[٣].

فالنّبي ﷺ إنما أناط الدية بالعصبة، لأنها كانت هي محور النصرة والمعونة في عرف ذلك الزمان، ولذلك لما كان زمن عمر بن الخطاب ﷺ جعل الدية على أهل الديوان، على أساس أن العاقلة ليس هم محددين بالشرع، وإنما هم من ينصرون الشخص، ويعينونه في كل زمان ومكان من غير تعيين، وكان معلوماً لّما وضع عمر الديوان أنّ جند كل مدينة ينصر بعضه بعضاً، ويعين بعضه بعضاً، وإن لم يكونوا أقارب فكانوا هم العاقلة، فالعاقلة إذن تختلف باختلاف الأحوال والأعراف، فإذا كان في عُرف زمنٍ، الناصرُ والمعينُ فيه هم الأقارب -كما كان في عرف زمن النبي ﷺ - كانوا هم العاقلة وجُعلت الدية عليهم، وإذا كان في عُرفٍ آخر الناصرُ والمعينُ فيه غيرَ الأقارب، كانوا هم العاقلة فالدية عليهم، وإلا فرجلٌ قد سكن بالمغرب وهناك من ينصره ويعينه كيف تكون عاقلته (أي عصبته) من بالمشرق في

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب الوضوء من صحيحه، رقم الحديث ٣٩٤ ترقيم فتح الباري.

(٢) الخير آبادي، محمد أبو الليث: المنهج العلمي عند المحدثين في التعامل مع متون السنة، مجلة إسلامية المعرفة العدد الثالث عشر، ١٩٩٨م، ص٣٦.

(٣) انظر: صحيح البخاري في كتاب الديات، باب العاقلة: حديث رقم ٦٩٠٩، ٦٩١٠، ترقيم فتح الباري. وصحيح مسلم في كتاب القسامة: حديث رقم ١٦٨١، ١٦٨٢ ترقيم عبد الباقي.

بِلادٍ أخرى بعيدة ؟! ولعل أخباره قد انقطعت عنهم[1].

فجميع الأمثلة السابقة تُبيّن أهمية فهم النص الشرعي في ضوء طبيعة المرحلة وفقه الواقع، وفي ضوء ملابساته الزمانية والمكانية. ومن هنا وجدنا علماءنا يهتمون بهذا الضابط ويعتبرونه، ومن هؤلاء شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، عندما مرّ ومعه بعض أصحابه بجماعة من جنود التتار في دمشق وكانوا يشربون الخمر، فأنكر عليهم بعض من معه، ولكن ابن تيمية قال له: دعهم في سكرهم وما هم فيه، فإنما حَرّم اللهُ الخمر، لأنها تَصدّ عن ذكر الله وعن الصلاة، وهؤلاء تصدهم الخمر عن سفك الدماء وسبي الذرية، ونهب الأموال![2].

لكن مما يؤسف له أنّ خطاب بعض الدعاة فقد الارتباط بالواقع، وتعلق بأمور لا حاجة للناس فيها، بقدر ما هو تضييع للأمة، وتهميش للقضية وتسفيه لأمر الدين الحق، وتشتيت لجهود المسلمين، ترى أحدهم يجمع النّاس يحدثهم عن قضايا فقهية فرعية خلافية، لا علاقة لها بغرس قيم الفطرة، ولا بإعداد مجتمع مسلم، ولا بإحيــاء أُمّة خَيِّرة، بينما القيم الإسلامية العليا تتلوى، والعالم كله يتفرج على محو شعوب إسلامية بكاملها على أيدي أعداء الفطرة الإنسانية، الباطشة بالبغي والعدوان، والمسلمون تتقطع قلوبهم أسى وحسرة لذلك، والناس بمختلف عقائدهم ودياناتهم واتجاهاتهم، في شتى بقاع الأرض، يتقلبون في لظى هذه الحالة[3].

---

(١) د. القرضــاوي، يوسف: كيف نتعامل مع السنة، ص ١٣٣ – ١٣٤. ولكن الميراث يحفظ للغائب فإن الــنبي ﷺ قضى في المرأة القاتلة أن عقلها على عصبتها، وقضى بعد أن توفيت أن ميراثها لزوجها وبنيها فالوارث غير العاقلة. (انظر: صحيح البخاري: كتاب الديات رقم ٦٩٠٩، ترقيم فتح الباري).

(٢) ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين، ٣/٥.

(٣) د. عــبد الله الزبير عبد الرحمن: دعوة الجماهير مكونات الخطاب ووسائل التسديد (طبعة مركز البحوث والدراسات بدولة قطر، سلسلة كتاب الأمة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ)، ص٩٠ وما بعدها.

وفي ندوة نظمها المعهد العالمي للفكر الإسلامي، قال الدكتور محمد زقزوق: "إنّ الحزب الإسلامي في إنجلترا وضع من أول أهدافه تطبيق الشريعة الإسلامية في إنجلترا!! " وعلق على هذا قائلاً: "هذا تعامل مع وهم وليس تعاملاً مع واقع على الإطلاق"(١).

نعم، إنّ تطبيق شرع الله في تلك البلاد هدف عظيم، يبعث على الاعتزاز والفخر، لكن من يتأمل لحظة ما يكتنف هذا الهدف من ظروف وأحوال وملابسات، يُدرك أنّ هذا الهدف لم يُسطّر في الأرض، وإنما سُطّر في الفضاء، وهذا نتيجة للغفلة عن إدراك أبعاد الواقع وطبيعة المرحلة ولعدم فهم أنّ فقه المرحلة والواقع أصل معتبر في الشرع الإسلامي.

وهذه الغفلة هي التي أصابت عملية الاجتهاد والتجديد أو فقه التزيل في مقاتل، وجَعلتْ الكثير من الاجتهادات أقرب للتجريدات النظرية منها إلى الحلـول العملية الميدانية، فتَوَهَّمنا أنّ كلّ نص أو حكم يُنَزَّل بإطلاق ويصلح لكلّ الحالات دون مراعاة الشروط والظروف وملابسات الحال.

حتى أصبحنا، كما قال الأستاذ عمر عبيد حسنة "نوقع النَّسخ في غير موقعه، ونترل أحكام وخطاب الحرب والمعركة على ساحات السّلم والدعوة والبلاغ، ونُعطِّل الكثير من الأحكام، على اعتبار أنها كانت تُمثّل حالة كان عليها المجتمع الإسلامي الأول، في مراحل تحويله إلى الإسلام ثم تجاوزها إلى ما فوقها، فأصبحت منسوخة أو معطلة، دون أن نَدري أنّ خلود القرآن والسنّة، يعني خلود المشكلات التي عرضا لها، والحلول التي قَدَّمَاها، وأنّ الأمة في تاريخها الطويل، سوف تتعرض لحالات كثيرة من السقوط والنهوض، والهزيمة والنصر، والضعف والقوة، وأنّ لكلّ

(١) الأستاذ أحمد بو عود: فقه الواقع أصول وضوابط، ص٧٩.

حالة حكمها، وفقهها"[1].

ولا يفوتنا هنا أن ننبّه إلى أنّنا إذْ أردنا بإيراد الصور والنماذج من النصوص الشرعية وهدي الخلفاء الراشدين، أن نستدل على أنّ فقه الواقع ليس أمراً مبتدعاً، وإنما له أصول من الكتاب والسنة واجتهاد السلف ووجوده ضروري، لتبصير الحَرْفيين الذين ينادون بجمود الاجتهاد والتشبّث بالتراث الفقهي الإسلامي بتفسيراته وتحليلاته ومشخصاته كما هي ممّا أدّى إلى تضييق حدود الشرع[2].

إلا أنّنا لا نعني بفقه الواقع هنا ما يريده بعض العلمانيين المتطرفين الذين يَدْعون إلى أولوية الواقع على كلّ نص، ويرون أنّه مع تغير الأنماط الحضارية واللحظات التاريخية يتغيّر كل شيء، حتى القيَم، فإنها يجب أن تتغير مع التغير الحضاري والتكنولوجي، فقضايا التغيير في نظر هؤلاء تحتاج إلى علم دون دين، وإلى واقعية دون إيمانية مسبقة[3]، وهم يستشهدون لآرائهم باجتهادات بعض الصحابة رضوان الله عليهم التي رأوا أنها تعارض بعض النصوص الشرعية الصريحة، مثل توقف الخليفة عمر رضي الله عنه في إعطاء سهم المؤلفة قلوبهم، المنصوص عليه بقوله تعالى ﴿**إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم**﴾[4]. وتوقفه في تطبيق حدّ السرقة في عام المجاعة المنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما**﴾[5].

وإننا نقول لهؤلاء إنّ الاجتهاد في فهم النص في ضوء الواقع، لا يعني فصل الواقع عن النص، وإنما معناه فهم الواقـــع وظروفه وأحواله، ليتبيّن إنْ كان حكم

(١) الأســتاذ عمــر عبيد حسنة: تقديم كتاب "أسباب ورود الحديث تحليل وتأسيس للدكتور محمد رأفت سعيد" صفحة ٢٣.
(٢) انظر: أحمد بو عود: فقه الواقع أصول وضوابط، ص ٧٦ وما بعدها، والمراجع التي أشار إليها.
(٣) المرجع السابق، ص ٨٠ وما بعدها، والمراجع التي أشار إليها.
(٤) سورة التوبة: من آية ٦٠.
(٥) سورة المائدة: من آية ٣٨.

النص الشرعي يشمله فَيُترل عليه، وليس معنى ذلك اطّراح نصوص الوحي جانباً، وعزلها عن واقع المجتمع، وأنّ اجتهادات الصحابة المنسجمة مع الواقع لم تكن اعتباطاً، وإنما كانت خاضعة لقواعد وأصول تَكوّن منها فيما بعد القدر المهم من مصادر التشريع الإسلامي، فكل اجتهاد لا يندرج ضمن هذه الأصول يعتبر اجتهاداً ملغياً.

فعدم إعطاء عمر ﷺ سهم المؤلفة قلوبهم، ليس تعطيلاً للنص كما يدّعي بعضهم، وإنما هو تطبيق له بعمق ونظر، واجتهاد دقيق في مدلولاته وصوره، ووقوف على علته ومقصده وجوداً وعدماً. حيث أنّ عمر رأى أنّ المقصد الشرعي من النص في هذه المسألة هو تأليف قلوب بعض الناس لكفّ أذاهم، وكان الإسلام يومئذ ضعيفاً، أمّا يوم أن صار الإسلام قويا، فلم يعد هناك حاجة لتأليف قلوب بعض الناس، فإذا ما عاد الإسلام ضعيفاً في عصر مّا، واحتاج المسلمون إلى تأليف قلوب بعض الناس، فإنه يطبق حكم المؤلفة قلوبهم ويعطون من الزكاة[1]. فعمر ﷺ في عمله هذا تعرّف على المقصد الشرعي الذي يرمي إليه النص واسترشد بهذا المقصد في تفسير النص وفهمه واستنباط الأحكام منه.

كذلك، عدم تطبيق عمر لحدّ السرقة في عام المجاعة ليس تعطيلاً للنص أيضاً وإنما هو تطبيق له بعمق، ووقوف على علته وجوداً وعدماً، لأنّه رأى أنّ هذا الظرف أو هذه الحالة استثنائية مخصصة بنص آخر، هو قوله ﷺ: "ادرؤوا الحدود بالشبهات"[2]، والشبهة هنا هي الجوع، وهذا لا يعني أبداً أنّ عمر ﷺ اجتهد مع وجود النص كما يتوهم البعض، بمعنى أنّ عمر لم يسقط الحدّ بعد وجوبه، بل هو لم

(١) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (مطبعة شركة المطبوعات العلمية، ١٣٢٧ هـ)، ٤٥/٢.

(٢) الجامع الصغير للسيوطي، رقم ٣١٤.

يجب أصلاً لوجود الشبهة التي أوجبت درأه.

وذلك لأنّ السنَة إذا كانت سنَة مجاعة وشدة، غلب على الناس الحاجة والضرورة، فلا يكاد يسلم السارق من ضرورة تدعوه إلى ما يسد به رمقه ويجب على صاحب المال بذل ذلك له، إما بالثمن أو مجانًا، على الخلاف في ذلك، والصحيح: وجوب بذله مجانًا، لوجوب المواساة وإحياء النفوس مع القدرة على ذلك، والإيثار بالفضل مع ضرورة المحتاج. وهذه شبهة قوية تدرأ القطع عن المحتاج، وهي أقوى من كثير من الشبه التي يذكرها كثير من الفقهاء، لا سيما وهو مأذون له، في مغالبة صاحب المال على أخذ ما يسد رمقه، وعام المجاعة يكثر فيه المحاويج والمضطرون، ولا يتميز المستغني منهم والسارق لغير حاجة من غيره، فاشتبه من يجب عليه الحدّ بمن لا يجب عليه، فدرئ، لكن إذا بان أنّ السارق لا حاجة به، وهو مستغن عن السرقة قطع[1].

وقد أحسن الأستاذ عمر عبيد حسنة حين قال: "وقد تكون مشكلة الحضارة اليوم أنّ الذين أدركوا آليات فهم الواقع لم يؤمنوا بالخطاب الإلهي، وكثير من الذين آمنوا بالخطاب الإلهي لم يدركوا آليات فهم الواقع"[2].

(١) ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين، ٣/١١ـــ ١٢.
(٣) الأستاذ عمر عبيد حسنة: تقديم كتاب في فقه التدين فهماً وتتريلاً للدكتور عبد المجيد النجار، ١٦/١.

المبحث السابع
فهم النص في ضوء مقاصد التشريع

الاهتداء بمقاصد الشريعة في فهم النصوص الشرعية هو الضابط السابع من الضوابط المنهجية لفهم النصوص والاستدلال بها، فمن المعلوم أن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد عنهم في العاجل والآجل، والدنيا والآخرة، فقد أرجع الشيخ عزّ الدين بن عبد السلام الفقه كلّه إلى اعتبار المصالح ودرء المفاسد، وقال السيوطي: "بل قد يرجع الكل إلى اعتبار المصالح فإن درء المفاسد من جملتها "[(١)].

وتظهر هذه الحقيقة واضحة مستقرة لمن يتتبع النصوص التشريعية، التي تُبيِّن الصِّلة الوثقى بين الأحكام والحِكَم وتنفي العبثية في التشريع، وتوضح أن هذه الأحكام ما هي إلا وسائل لتحقيق مقاصد عليا، تتجسد في حال إقامتها مصالح حيوية واقعية، تعكس معقولية الشريعة الإسلامية، وهذا يدعو المجتهدين إلى تبيّن هذه المقاصد المعقولة، كونها تمثل الأساس الذي قام عليه البناء التشريعي كلّه.

ومقاصد التشريع الإسلامي هي المصالح التي تهدف إلى إسعاد الناس أفراداً ومجتمعات، بتحقيق مصالحهم ودرء المفاسد عنهم، وحفظ نظام الأمور في المجتمع البشري، وقطع مادة الشرور، وتعمير الدّنيا بكلّ ما يُوصل إلى الخير والكمال الإنساني، حتى تصير الدّنيا مزرعة للآخرة، فَيَحظَى الإنسان بالسّعادة في الدّنيا، وبالفوز بالجَنّة والنَّعيم في الآخرة.

---

(١) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية (دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، ص٨.

وقد اتجهت جهود العلماء الباحثين في علم الأصول إلى استقراء وتتبع هذه المقاصد من نصوص الشريعة الإسلامية ، فوجدوا أن مقصود الشرع من الخلق حفظ خمسة أمور، هي: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل[١]، وحفظ المال[٢].

وهذه الأمور الخمسة هي التي اصطلحوا على تسميتها بالكليات الخمس[٣] لكونها الأصول الكلية التي جاءت الشريعة لحفظها، ثم ضبطوا رعاية مقصد الشارع للمصلحة من خلالها ، كما أن النظر في المصلحة المرسلة في حال الاجتهاد ينبغي أن يبتنى عليها ويدور في فلكها، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوّت هذه الأصول أو بعضها فهو مفسدة ودفعها مصلحة[٤]. وهي في تدرجها وأهميتها وتوقف وجود بعضها على البعض الآخر تأتي وفق ترتيبها السابق في الذكر عند الأصوليين[٥].

---

(١) ويعبر بعضهم عنه بالنسب. (الرازي، فخر الدين محمد بن عمر: المحصول في علم أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م، ٣٢٠/٢).

(٢) ويخشى الشاطبي أن يفهم بعض الناس من كلمة " المال "أنه محصور في الفضة والذهب والنقود، فيدفع هذا الوهم ويفسره بما يشمل كل السلع الاقتصادية، فيقول: "يستوي في ذلك الطعام والشراب واللباس على اختلافها، وما يؤدي إليها من جميع المتمولات، فلو ارتفع ذلك لم يكن بقاء، وهذا كله معلوم لا يرتاب فيه من عرف ترتيب أحوال الدنيا وأنها زاد للآخرة ". (الشاطبي: الموافقات ٣٣٢/٢).

(٣) وقد أضاف البعض إلى هذه الخمسة عنصراً سادساً وهو "حفظ العرض"، وهو يعني الكرامة والسُّمعة، ولهذا حرَّمت الشريعة القذف والغيبة ونحوها، وشرعت الحد في القذف بالزنى خاصة، كما شرعت التعزير فيما عدا القذف، إلا أن البعض يرى أن حفظ العرض داخل – في الحقيقة – ضمن حفظ أحد الكليات الخمسة وانفكاكهما في بعض الجزئيات لا يخدش عموم التلازم ، كما أن انفكاك السكر عن الخمر لدى بعض الناس لا يخدش عموم الحكم المعلل بالسكر. (انظر: الشوكاني: إرشاد الفحول، ص ٢١٦. والدكتور محمد سعيد رمضان البوطي: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ص ١٢١).

(٤) الغزالي: المستصفى، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م، ٢٨٧/١.

(٥) الترتيب بهذا الشكل بين هذه الكليات الخمسة محل إجماع بين العلماء، ولا عبرة بقول من رأى تقديم حفظ النفس على الدين، بدليل قوله تعالى: ﴿إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم ...﴾ الآية. وانظر في هذا الترتيب: الغزالي في المستصفى ٢٨٧/١. وابن أمير الحاج في التقرير والتحبير شرح التحرير في أصول الفقه لابن الهمام، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م، ٣/ ١٤٣-١٤٤. والبوطي في ضوابط المصلحة ص ٢٥٠.

وهذه الكلّيات الخمس هي دعائم وجود عالمنا الدنيوي وصلاحه، ولو انخرمت لم يبق للجنس البشرى وجود ، ولهذا قيل بحق إنّ هذه الأصول الكلية -أي الأمور الخمسة- قد روعيت في كلّ الملل التي أنزلها الله قبل الإسلام وشُرع لها من الأحكام ما يحفظها في جميع الشرائع، لأنها مما تدعو ضرورة الحياة إلى حفظها[١]. ومعرفة كون حفظ هذه الأصول الخمسة هو مقصد الشريعة الإسلامية لم يثبت بدليل واحد ولا بأصل معين وإنما أخذ من جملة أحكام الشريعة في كافة أبوابها وباستقراء وتتبع كل ما جاء فيها[٢].

ثم إنّ وسيلة حفظ هذه الأمور الخمسة تَتَدرَّج في ثلاث مراحل، حسب أهميتها وهي ما أطلق عليه علماء الأصول اسم: الضروريات، والحاجيات والتحسينيات. لأنهم وجدوا أنّ المصالح التي يتأتى من خلالها رعاية مقصد الشارع متفاوتة في أثرها من حيث القوة والضعف في انتظام أمر الأمة ، ذلك أنّ أي عمل فيه نفع للإنسان لا يخلو إما أن يكون ضروريًا له في الدرجة القصوى ولا يمكنه أن يتخلى عنه، وإما أن يكون من المهمات التي يحرص حرصًا شديدًا على تحصيلها وهي الحاجيات، وإما أن يكون من الأمور الكمالية التي تحقق له مزيدًا من الإصلاح والخير .

أي أنّ الشريعة الإسلامية راعت هذه الكليات بوسائل ثلاث: الضروريات والحاجيات، والتحسينيات، فما من حكم شرعي من الأحكام الخمسة إلا وهو يهدف إلى تحقيق واحد من هذه الأنواع الثلاثة التي تتكون منها مصالح الناس. وعلى هذا فالمصالح ثلاثة أقسام: ضرورية، وحاجية، وتحسينية، وهي تدور حول رعاية الكليات الخمس، ولكن على ثلاث مراتب.

---

(١) الشاطبي: الموافقات ٣٢٦/٢ وما بعده. وابن أمير الحاج: التقرير والتحبير، ١٤٣/٣-١٤٤.
(٢) الشاطبي: الموافقات ٣٦٢/٢.

وانقسام المصالح إلى هذه المراتب وتدرجها فيها دليله أيضًا الاستقراء والتتبع لجملة أحكام الشريعة الجزئية والكلية، فإن ذلك التتبع هدى إلى أن من الأحكام ما جاءت رعايته للمصلحة في مرحلة الضرورة، ومنها ما جاءت رعايته في محل الحاجة، ومنها ما جاءت رعايته لا في مستوى الضرورة والحاجة ولكن في مرتبة التحسين والتزيين(١). وقد لُخِّصَت هذه المصالح في آية واحدة، اندرجت تحتها وجُعِلَت الغاية والهدف من الرِّسالة الإلهية كلّها، وهي قوله سبحانه وتعالى: ﴿**وما أرسلناكَ إلا رحمةً للعالمين**﴾(٢).

وقد اهتم العلماء بتوضيح هذه المقاصد العامة للشريعة وبَيّنوا تقسيماتها ومراتبها، والموازنة بينها(٣)، وليس هذا محل بسط الكلام عنها.

وما نريد الحديث عنه هنا، هو ضرورة الاهتداء بمقاصد الشريعة عند محاولة فهم النص أو الاستدلال به على الأحكام، سواء كانت تلك المقاصد عامة روعيت وعُمل على تحقيقها في كل باب من أبواب الدين، أو خاصة رُوعي تحقيقها في باب معين، أو جزئية قصدها الشارع عند كل حكم شرعي من إيجاب أو تحريم أو ندب أو كراهة أو إباحة، أو شرط أو سبب أو مانع، وسواء كانت منصوصاً عليها، أو مشاراً إليها، أو مستنبطة.

ذلك أنّ فهم النصوص لا يكون سليماً ولا يكتمل الفقه بدلالاتها إلا بفهمها وتفسيرها في ضوء المقاصد الكلّية والجزئية ذات العلاقة بموضوع النص وأوجه دلالته، وأنّ فهم النص بعيداً عن مقاصد الشارع يؤدي إلى خلل في الفهم

---

(١) الرازي، فخر الدين محمد بن عمر: المحصول في أصول الفقه، دار الكتب العلمية،بيروت، ٣٢٠/٢. والشاطبي: الموافقات،٣/٢ – ٥ .

(٢) سورة الأنبياء: آية ١٠٧.

(٣) ومن هؤلاء العلماء: الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات، والإمام عز الدين بن عبد السلام في كتابه قواعد الأحكام، وغيرهما.

والاستنباط[1].

ومن أوضح الأمثلة التي وجدنا فيها رعاية مقاصد التشريع الكلية والجزئية: موقف الخليفة العادل عمر بن الخطاب ﷺ من قسمة الأرض المفتوحة عنوة على الفاتحين المقاتلين، وتوقفه في ذلك، رغم وجود المعارضين له من الصحابة الذين رأوا أن تُقسم الأرض بعد فتحها على من فتحوها بسيوفهم، محتجين بأن النبي ﷺ قسم أرض خيبر بعد فتحها[2]. وهو موافق لعموم قوله تعالى: ﴿ **واعلموا أنما غَنِمتم من شيءٍ فأنَّ لله خُمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل إن كنتم أمنتم بالله** ﴾[3]، يُفهم منها أن أربعة أخماسها للفاتحين. وفي بعض الروايات: أنّه ﷺ قسم نصف خيبر، ووقف نصفها لنوائبه[4]، ولكن عمر ﷺ رأى أنّ ذلك مُناف مَا قصدت إليه الشريعة من العدل بين الأجيال بعضها وبعض، حيث رأى أنَّ في توزيعها على الفاتحين إغداقاً على الجيل الحاضر في زمنه -جيل الفتح- على حساب الأجيال اللاّحقة من أبناء الأمة، ولهذا قال كلمته المشهورة: " لولا آخر المسلمين ما فتحت قرية إلاّ قسمتها بين أهلها كما قسم النبي ﷺ خيبر"[5]. ولذلك رأى عدم تقسيمها وإبقاءها في أيدي أربابها، على أن يدفعوا عنها خراجًا يكون لمصالح جميع المسلمين في حاضرهم، وذخرًا للأجيال التي تأتي بعدهم وعبّر الفقهاء عن ذلك بوقفها على كافة المسلمين.

---

(١) انظر: يوسف حامد العالم: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية (طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي، طبعة أولى، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م)، ص١٠٦-١٠٧.

(٢) كان رسول الله ﷺ يقسم الأرض المفتوحة بين المجاهدين بعد أن يأخذ خمسها للدولة، وقد فعل صلى الله عليه وسلم ذلك في خيبر.

(٣) سورة الأنفال: من آية ٤١.

(٤) لكـنهم قالوا: إن تقسيم أرض خيبر كانت في بدء الإسلام، وشدة الحاجة، فكانت المصلحة فيه، وقد تعينت المصلحة فيما بعد ذلك في وقف الأرض، فكان ذلك هو الواجب.

(٥) الـبخاري، أبـو عبد الله محمد بن إسماعيل: الجامع الصحيح، مراجعة مصطفى ديب البغا، دار بن كثير واليمامة، بيروت ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م، ٨٢٢/٢.

ويؤيد وجهة نظر عمر ﷺ ما جاء في كتاب الله في سورة الحشر، حيث أشارت الآيات في مصرف الفيء - بعد ذكر المهاجرين والأنصار - إلى الذين يجيئون بعـــدهم من الأجيال، وذلك في قوله تعالى: ﴿**والذين جاؤا من بعدهم يقولون ربّنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ولاتجعل في قلوبنا غلاً للذين أمنوا ربنا إنك رؤوف رحيم**﴾[1].

قال عمر: "هذه الآية استوعبت الناس و لم يبقَ أحدٌ من المسلمين إلا وله في هذا المال حقّ إلا ما تملكون من رقيقكم، فإن أعشْ -إن شاء الله- لم يبق أحد من المسلمين إلا سيأتيه حقُّه حتى الراعي بسروِ حمير[2] يأتيه حقّه ولم يعرق فيه جبينه"[3]. فقد فهم عمر من كتاب ربّه وسُنَة نبيِّه ﷺ ومقاصد شريعته، أن مصالح الأجيال كلّها يجب أن تُراعى ولا يستأثر جيل واحد أو جيلان بالخير والرفاهية على حساب مَن بعدهم، ولهذا كان ينظر إلى الأجيال اللاّحقة التي يخبئها الغيب، ويعمل لصالحها كالأجيال الحاضرة.

وقد كان من أنصار عمر في رأيه جماعة من فقهاء الصحابة رضي الله عنهم، منهم: علي بن أبي طالب، ومعاذ بن جبل الفقيه الأنصاري الجليل أعلم الصحابة بالحلال والحرام -كما في الحديث- حيث قال لعمر مُحذّراً من الاستجابة إلى رغبة المطالبين بالقسمة، ومنبِّهاً إلى خطر الملكية العقارية الواسعة: "إذن والله ليكوننّ ما تكره إنك إن قسمتها اليوم صار الريع العظيم في أيدي هؤلاء القوم، ثم يبيدون فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة، ثم يأتي مَن بعدهم قومٌ يسدّون في الإسلام

---

(١) سورة الحشر: الآية ١٠.
(٢) سروِ حمير: محلّة حمير.
(٣) البـــيهَقي، أحمد بن الحسين بن علي: سنن البيهقي الكبرى، مراجعة محمد عبد القادر عطا (مكة المكرمة ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م)، ٣٥١/٦.

مسدًّا[١]، وهم لا يجدون شيئاً، فانظر أمراً يَسَع أولهم وآخرهم"[٢].

وهكذا يلزم الباحث أو المجتهد عندما ينظر في النصوص -محاولاً فهمها وتفسيرها- أن يجمع بين النظر في النصوص الجزئية وبين المقاصد العامة والقواعد الكلّية للشريعة في آن واحد،فيكون الحكم مبنياً على الكليات العامة[٣]والنصوص الجزئية، لأنه لا يصح فصل الجزئي عن كلّيه، لأن الجزئيات محكومة بالكلّيات، وقد صرَّح بهذا الإمام الشاطبي فقال: "فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكلّيات عند إجراء الأدلة الخاصة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس، إذ محالٌ أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها، فمن أخذ بنصٌ مثلاً في جزئي معرضاً عن كلّيه فقد أخطأ، وكما أنّ من أخذ بالجزئي معرضاً عن كلّيه فهو مخطئ، كذلك من أخذ بالكلّي معرضاً عن جزئيه"[٤]، "فلا بدّ من اعتبارهما معاً في كل مسألة"[٥].

وهذا يعني أنه ينبغي للفقيه أو للمجتهد في كل مسألة تُعرض عليه أن ينظر في حكمها من خلال دلالة النّصوص مع الاهتداء في فهم ذلك بمقاصد الشريعة وكلّياتها العامَّة، ذلك أنَّ الفقيه إذا اقتصر في فقهه واجتهاداته على جُزئيات الشريعة دون أيّ التفات أو عناية بالكلّيات، وهي محور الجزئيات وقطب رحاها، فلا ريب

---

(١) أي يُبلون في الدفاع عنه بلاءً حسناً.

(٢) ابـــن رجب، أبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي: الاستخراج لأحكام الخراج (دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٥هـــ – ١٩٨٥م)، ص١٦.

(٣) يقصـــد بالكلّـــيات العامة: الكلّيات النّصية، والكلّيات الاستقرائية. فالكلّيات النصية هي التي جاءت في نصـــوص القرآن والسنة الصحيحة، مثل: "ولا تزر وازرة وزر أخرى" (الأنعام /١٦٤)، ومثل: "لا ضرر ولا ضرار"، و "إنما الأعمال بالنيات". أما الكلّيات الاستقرائية، فهي التي يتوصل إليها عن طريق استقراء عدد من النصوص والأحكام الجزئية،كحفظ الضروريات والحاجيات والتحسينيات المتمحورة حول حفظ الديـــن والنفس والعقل والنسل والمال وسائر المقاصد العامة للشريعة، وكالقواعد الفقهية الجامعة، مثل: المشـــقة تجلـــب التيسير وغيرها من القواعد. (أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي،طبعة رابعة ١٤١٦هـــ – ١٩٩٥م، ص٣٦٩).

(٤) الشاطبي: الموافقات، ٣/٧ – ٨.

(٥) المرجع السابق: ٣/٩.

أنّه سيخرج بأحكام تكون مجافية لحكمة الشريعة وروح التّشريع، وهذا ما حصل لبعض الحنفية الذين ورد عنهم أنّ القتل بالمثقّل -الحجر أو الخشبة الكبيرة- لا يوجب القصاص على القاتل ولا يُعد فعلاً عمداً حتى لو كان عدواناً، إذ العمد عندهم هو الضرب بسلاح كالسيف والرُّمح، أو ما جرى مجرى السلاح، كالمُحدَّد من الخشب والنار لأن العمد هو القصد، ولا يوقف عليه إلاّ بدليله، وهو استعمال الآلة القاتلة[1] وأيدوا قولهم هذا ببعض الأحاديث منها[2]" لا قود إلاّ بالسيف"[3]، و"كلّ شيءٍ خطأ إلاّ السيف، وكل خطأ أرش"[4].

فالقول بهذا الرأي على إطلاقه قد يُؤدي إلى التصادم مع بعض القواعد المقاصدية الكلّية، وبيان ذلك: أن من الضروريات أو الكلّيات الخمس المقرَّرة في الشريعة: وجوب حفظ النفس الإنسانية بدفع المفاسد عنها ومن الكليات المقرَّرة في الشريعة أيضاً وجوب النظر في المآل، والالتفات إلى نتائج الأفعال، وهو ما عبَّر عنه الشاطبي بقوله: " النظر في مآلات الأفعال مُعتبر مقصود شرعاً "[5]، وإنّ القول بأنّ القتل بالمثقل لا يُعد عمداً ولا يوجب القصاص رغم توفّر عنصر العدوان فيه سيؤدي إلى المآل الممنوع، وسيفتح باب القتل على مصراعيه، حيث يَقدُم القاتل على جريمته بالمثقل الذي يقتل غالباً، عالماً أنه لن يطاله القصاص، وهذا مضادّ لحكمة الشريعة في القصاص، وفتحٌ لباب إهدار النفس الإنسانية التي تُعدّ المحافظة

(١) قاضي زادة: تكملة فتح القدير، (طبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ/١٩٧٠م)، ٢٠٥/١٠.

(٢) انظر: الزيلعي، عبد الله بن يوسف: نصب الراية (دار الحديث، مصر، ١٣٥٧هـ) ٣٤١/٤، ٣٤٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه في كتاب الديات من سننه،رقم الحديث (٢٦٦٧)،ورقم (٢٦٦٨)،ترقيم عبد الباقي.

(٤) رواه أحمد في مسنده عن النعمان بن بشير، رقم الحديث (١٧٩٥٦)، ترقيم إحياء التراث. وقد حكم الزيلعي بضعف هذين الحديثين.

(٥) الشاطبي: الموافقات، ٥٥٢/٤.

عليها من أعظم المقاصد الضرورية التي لا تقوم الحياة إلاَّ بها[1]، ومنشأ هذا الاختلال: عدم دراسة الجزئيات من خلال كلياتها التي تحكم عليها وتوجه فهمها.

ومن هنا كان رأي الجمهور، أن القتل بالمثقل الذي يقتل غالباً إذا توفر عنصر العدوان فيه، هو القتل الذي يُعَدّ عمداً ويوجب القصاص[2]. وهم بذلك يلتفتون إلى المحافظة على النفس الإنسانية بحسم كل ذريعة من شأنها أن تهدد هذا المقصد الضروري، فظهر بذلك ما للكليات من أثر في توجيه الجزئيات.

وإنّ المتتبع لاجتهاد الأئمة السابقين في فروع المسائل والجزئيات، يجد استرشادهم بالمقاصد العامة، لتوجيه الأدلة على حسبها، بحيث لا تتناقض البتة مع مقرراتها ولا مع مقتضياتها. ومن هذه الاجتهادات التي يُلحظ فيها مراعاة الكليات عند دراسة الجزئيات، ويظهر فيها الاسترشاد بالقواعد الكلية للكشف عن الحكم، وعدم الاكتفاء بالجزئيات والأدلة الخاصة فقط ما نص عليه الإمام العز بن عبد السلام، من أنه لو رأى شخصٌ يؤدّي الصلاة غريقاً فعليه أن يقطع الصلاة وينقذ الغريق ثم يقضي الصلاة، وهذا من باب الجمع بين المصالح، ويعلّل ذلك الإمام عزّ الدين فيقول: " لأن إنقاذ الغرقى المعصومين عند الله أفضل من أداء الصلاة، والجمع بين المصلحتين ممكن بأن ينقذ الغريق ثم يقضي الصلاة، ومعلوم أن ما فاته من مصلحة أداء الصلاة لا يقارب إنقاذ نفس مسلمة من الهلاك"[3].

---

(١) انظر: إمام الحرمين الجويني، البرهان ١١٥١/٢، ١٢٠٩/٢.

(٢) الشـربيني الخطيـب، محمد بن أحمد: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (مطبعة مصطفى البابي الحلـبي مصـر، سنة ١٣٧٧هـ— ١٩٥٨م)، ٣/٤. وابن قدامة المقدسي: المغني على مختصر الخرقي في الفقه، تصوير دار الكتب العلمية، بيروت، ٣٢٠/٩. وابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق د. عبد الله العبادي (طبعة دار السلام القاهرة،الطبعة الأولى ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م) ٢١٦٥/٤ وما بعدها.

(٣) عز الدين بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ٥٧/١.

وكذلك لو رأى الصائم في رمضان غريقاً لا يتمكن من إنقاذه إلا بالفطر فإنه يفطر وينقذه، وهذا أيضاً من باب الجمع بين المصالح، لأن في النفوس حقاً لله ﷻ وحقاً لصاحب النفس، فقُدّم ذلك على فوات أداء الصوم دون أصله[1].

فالإمام عزّ الدين ينظر إلى المسألة هنا نظرة كلّية يستند فيها على ما تقرّره مقاصد الشريعة من مبادئ وأصول تتضمّن ابتناء الشريعة الإسلامية على أساس من جلب المصالح للخلق ودرء المفاسد عنهم، وأنّ المصلحة تكون أكثر تأكّداً وتحقّقاً في حال قطع الشخص لصلاته أو فوات صومه وإنقاذ الغريق، وأنّ المفسدة التي تنجم في حال بقاء الشخص في صلاته أو صيامه وتركه للغريق أعظم من مفسدة قطع الصلاة وقت أدائها أو فوات الصوم، وهذه النظرة الكلّية ووزن الأمر بميزان الأغلب والأرجح من المصلحة والمفسدة هو الذي أملَى هذا الحكم الذي بيَّنه الإمام العزّ، وهي نظرة تعتمد مقاصد الشريعة كما هو ظاهر وواضح[2].

وهناك أمثلة كثيرة لا تحصى في هذا المجال، تكشف عن المنهج الذي كان يترسمه أئمة العلم المجتهدون في فقههم واجتهادهم.

وحريّ بالعلماء والمجتهدين في عصرنا هذا أن يترسموا ذات المنهج وألاّ تُعزل النصوص الجزئية عن كلياتها العامة، فتُفهم فهماً مبتوراً يؤدي إلى الإخلال بتلك الكليات. فمن المشين عليهم أن يقيموا الدنيا ولا يقعدوها من أجل مسألة خلافية فرعية، قليلة الخطر على الأمة وعلى الإسلام فيتنازعون لأجلها ويتشاتمون، ويتخاصمون بسببها ويتقاتلون، كما هو الحال عند بعض خطباء المساجد، تجده يستمرئ الشتم والتفسيق والتضليل بل والتكفير في مسألة خلافية فرعية، يكيل

(١) المرجع السابق، ١/ ٥٧.

(٢) الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم: قواعد المقاصد حقيقتها ومكانتها في التشريع، مجلة إسلامية المعرفة، العدد الثامن عشر، خريف ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، ص ١٨ وما بعدها.

الشتائم لبعض المسلمين وطوائفهم المخالفة له في الرأي والفكر والتقدير، بينما الأمر كله متعطل فأهم أبواب الشريعة موصدة، والواجبات القطعيّة مهملة ومنبوذة، والبيِّنات مجهولة، ومعرفة المسلمين بدينهم ضَحلَة، وحملات التضليل والخداع ضدهم مستمرة من قِبَل أعداء الدين وأهله، والأمَّة مُفرَّقة، والكلمة مُشتَّتة.

وهذا كله نتيجة حتمية للخلل في فهم مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة التي منها: "لا يُنكَر المختلَف فيه وإنّما يُنكَر المُجمَع عليه"[1]، وللجهل بأنّ ما يجمع الأمّة خير ممّا يفرقها، حتى لو لجأ المسلم إلى ترك مستحبات شرعية، بل ينقلب ترك المستحب إلى مستحب لو كان بغرض تأليف القلوب، وقد نص ابن تيمية رحمه الله على القاعدة الفقهية الناطقة بذلك، وهي أنّه: "يستحب ترك المستحب تأليفاً للقلوب"[2]، وأنّ الاعتبار لمقاصد الشريعة العامة قد يُلجئ المسلم إلى السكوت -للمحافظة على وحدة الأمّة- فيما يكون الأصل فيه عدم السكوت. وفي هذا المعنى يقول الإمام الشاطبي في الموافقات: "وقد أخبر مالك عن نفسه أنّ عنده أحاديث وعلماً ما تكلم فيها ولا حدث بها، وكان يكره الكلام فيما ليس تحته عمل وأخبر عمن تقدمه أنهم كانوا يكرهون ذلك، فتنبّه لهذا المعنى، وضابطه أنّك تعرض مسألتك على الشريعة، فإنْ صحّت في ميزانها فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله، فإنْ لم يؤدّ ذكرها إلى مفسدة فاعرضها في ذهنك على العقول، فإنْ قبلتها فلك أن تتكلم فيها إمّا على العموم إنْ كانت مما تقبلها العقول على العموم، وإمّا على الخصوص إنْ كانت غير لائقة بالعموم، وإنْ لم يكن لمسألتك هذا المساغ فالسكوت عنها هو الجاري على وفق المصلحة الشرعية والعقلية"[3].

(١) السيوطي: الأشباه والنظائر (دار الكتب العلمية، بيروت، ط.١، ١٤٠٣هـ)، ص١٥٨.
(٢) ابن تيمية: القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي (دار المعرفة،بيروت ١٣٩٩هـ)، ص٢١.
(٣) الشاطبي: الموافقات، ٤/٥٥٠.

ومن القصص الطريفة التي تدل على جهل بعض شباب المسلمين وضحالة فهمهم للنصوص الشرعية الجزئية، وفصلها عن كلياتها العامة وعن مقاصد التشريع عند الاستدلال بها، وعدم النظر في المآلات عند تتريلها متزل الواقع والتطبيق، ما ذكره الشيخ محمد الغزالي حول قصة دارت أحداثها في إحدى القرى الريفية عندما أرسل العُمدة إلى إمام المسجد يُخبره أنّ المهندس الزراعي قادم، وأنّه ينبغي الاجتماع بالأهالي كي يُقدّم لهم إرشاداً مهماً، وَرَجَى العمدة من إمام المسجد إعلام المصلّين بذلك حتى يتم اللقاء، وعندما حاول الإمام الكلام في مُكبِّر الصوت، قال له طالب متـــدين: إنّ النبي ﷺ منع نشدان الضالّة في المسجد ومنعه من أخذ المُكبّر، ولَمّا اشتدّ التراع، قال الطالب: لن يؤخذ المُكبِّر إلاّ على جُثتي[1]!!

فانظر كيف قاس هذا الشاب المتديِّن الإرشاد الزراعي على نشدان جمل تائه لأحد البدو، وهذا قياس غير صحيح، وحتى لو فرضنا أنّه صحيح فالأمر أهون من أن تُقَدَّم في سبيله جثة إنسان.

ومن هؤلاء الشباب مَنْ لهم نيّات صالحة، ورغبة حَقَّة في مرضاة الله وعيبهم- إنْ خَلَوا من العِلَلِ والعُقَد- ضحَالة المَعرفة وقُصور الفقه، ولو اتّسَعَت مداركهم لاستفاد الإسلام من حماسهم وَتَفَانيهم. فعَلَى المربّين والقادة في المجتمع أنْ يُعامِلوا هؤلاء الشباب بحكمة، وأن يَتعهدوهم بالعلماء الواعين المتجرّدين العارفين.

تلكم هي الضوابط المنهجية لفهم معاني نصوص القرآن الكريم والسنّة النبوية، والاستدلال بها، وتتريلها على الوقائع والأحداث، ولا بدّ من اعتبار هذه الضوابط جميعها عند الاستدلال، وعرض النص الشرعي عليها جميعها، فلا يُكتَفَى ببعضها دون بعض، أو بواحد منها دون الباقي، لأنّ هـــذه الضوابط بمجموعهـــا تُشكِّل

---

(١) الشيخ محمد الغزالي: التدين المغشوش، مجلة العربي، العدد ٢٧٨، يناير ١٩٨٢م.

إطاراً عاماً لفهم النّصوص الشرعيّة ومنهجاً للتعامل معها، يُعيد لهـــذه النّصوص القيّمة دورها التوجيهي والمعرفي والحضاري في الأمّة.

الخاتمـــة

النتائج والتوصيات:

بعد أنْ انتهيت في المباحث السابقة من توضيح الضوابط المنهجية للاستدلال بالنصوص الشرعية، وبيان النماذج التطبيقية عليها، فإنني أُبرِز في هذه الخاتمة أهم ما انتهت إليه الدراسة من نتائج مـــع إيجاز أهم التوصيات، وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

(١) إنّ نصوص الوحي الإسلامي بقسميه: القرآن الكريم والسنة النبوية هـــي المنهج القويم الذي يضيء للناس جميع جوانب حياتهم بمختلف مستوياتها، في كل مكان وزمان حتى قيام الساعة، فهي مصدر التوجيه والتشريع والمعرفة والحضارة، وهي جميعها تهدف إلى تحقيق مَقصد عام هو إسعاد الناس أفراداً ومجتمعات، وحفظ نظام الأمور في المجتمع البشري، وقطع مادة الشرور، وتعمير الدّنيا بكلّ ما يُوصل إلى الخير والكمال الإنساني، حتى تصير الدّنيا مزرعة للآخرة، فَيَحظَى الإنسان بالسّعادة في الدّنيا، وبالفوز بالجَنّة والنَّعيم في الآخرة.

(٢) إنّ نصوص الشرع الإسلامي تقتضي أن يكون فهمها واستنباط الأحكام منها وفق ضوابط منهجية منضبطة، تضبط الفهم، وتعصم الباحثين والدارسين من الشطط في التصور والفهم والاستنباط، وتجنبهم الزلل في العمل، وترشدهم إلى سبيل السّداد.

ولذلك كان الغرض العلمي من هذا البحث هو ترتيب واستكمال هذه الضوابط المتفرقة في الأبواب والبحوث والكتب المختلفة، لإعطاء فكرة عامة شاملة عنها، مع ذكر النماذج التطبيقية عليها. فهذه الضوابط تُشكِّل إطاراً عاماً لفهم النصوص الشرعية، ومنهجاً أصولياً تُستنبط بواسطته الأحكام من النصوص، سواء كانت هذه النصوص فيما يتعلق بالفقه أو فيما يتعلق بالدعوة أو التربية أو الصحة أو البيئة أو الاقتصاد أو غير ذلك.

وقد جاء هذا البحث -كما رأيت- في سبعة ضوابط، جُعِلَ لكلِّ ضابط منها مبحث مستقل، أوجِزَتْ فيه مسائله وأحكامه وأمثلته.

(٣) إن منشأ الزلل في بعض الاجتهادات المعاصرة يعود إلى عدم مراعاة هذه الضوابط أو بعضها عند دراسة نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، وذلك كمن يفصل السنّة مثلاً عن القرآن الكريم، ويكتفي بالقرآن عند وجود الحكم الشرعي المطلوب فيه، مع أن الأصل في ذلك -كما رأينا- أن ننظر عند إرادة معرفة الحكم الشرعي إلى القرآن والسنّة معاً لأن الحكم قد يوجد في القرآن مجملاً أو عاماً أو مطلقاً، فتبيِّنه السنة أو تُخصِّصه أو تقيِّده.

ثانياً: التوصيات:

(١) يوصي الباحث بالاهتمام الخاص بعلم العلل وذلك بجمع وحصر الأحاديث النبوية والمقارنة بينها، وتنقيحها من علل الإسناد والمتن، لأن من الأحاديث ما صحت متونه ولم تصح أسانيده، كما أن منها ما أشكلت متونه وإن سلمت من الطعن روايته، وهذا ما يجعل مهمة الباحث الإسلامي المتخصص في غير مجال السنّة صعبة وجدُّ عسيرة.

(٢) يوصي الباحث بإعداد مرجع جامع مانع للأحاديث النبوية المقبولة التي صحت نسبتها إلى مصدرها، وفهرسته، وتبويبه في تقسيمات علمية عصرية، بحسب الموضوعات، وبحسب الحروف الأبجدية، مع إقران ذلك بشروح مبسطة متفق عليها، وأخرى مفصلة تعرض مختلف الاجتهادات، ويكون هذا المرجع هو جماع ما سبق بذله من جهود جليلة مضنية، للاستفادة من هذا التراث الخالد العظيم، وتيسير الرجوع إليه لكلّ طالب، فإن ذلك سيوفر على الباحث أكثر من نصف عمره الذي ينفقه في المراجعة والبحث، وهذا العمل لا يمكن أن يقوم به فرد واحد، وإنّما ينبغي أن يُوكل إلى لجنة تُشكَّل من فريق من علماء الشريعة في العالم الإسلامي من ذوي التخصصات المختلفة في علوم القرآن والحديث والسيرة والفقه والعلوم الإنسانية، وتوضع تحت تصرف هذه اللجنة كافة الإمكانيات المادية والمعنوية.

(٣) يوصي الباحث بالاهتمام بما عرف في الساحة الإسلامية في عصرنا الحاضر بــ"التفسير الموضوعي للقرآن الكريم"، ويوصي بتوسيع دائرته،

ليشمل الأحاديث النبوية المبيِّنة أو المفسِّرة أو المؤكّدة للنصوص القرآنية الواردة حول ذات القضية، حتى يتحقق التكامل الدلالي بين النصوص ذات العلاقة -قرآناً وسنّة- عند النظر والتحليل للنص ضمن إطاره الكلّي.

(٤) يوصي الباحث بتشكيل لجنة رسمية من العلماء في العالم الإسلامي من ذوي التخصصات المختلفة والكفاءات العلمية، للاستفادة من إمكانيات الحاسب الآلي "الكمبيوتر"،وتطويع قدراته لخدمة التراث الإسلامي، بإعداد البرامج الموسوعية الكاملة، التي تخدم جميع مجالات العلوم الإسلامية. وذلك بجمع وتوثيق كتب التراث المطبوعة منها والمخطوطة في مختلف مجالات الحياة، فكرية، واجتماعية، وسياسية، واقتصادية ... الخ وإعدادها حاسوبياً، بصورة تراعي الدّقـة والكفاءة في الجوانب العلمية وعدم تكرار ما في بعض البرامج العلمية القائمة حالياً من أغلاط، على أن توضع تحت تصرف هذه اللجنة كافة الإمكانيات المادية والمعنوية، لإنجاز المهام المطلوبة منها بكفاءة وجدية.

والله أسألُ التوفيق والسداد، وصَلِّ اللّهم وسلّم على نبيِّنا محمد وعلى آله وصحبه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

أهم مراجع البحث*

١. أحمد محمد شاكر: الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث لابن كثير مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٨هـ.

٢. إمام الحرمين، عبد الملك بن عبد الله الجويني (ت ٤٧٨هـ): البرهان في أصول الفقه، تحقيق الدكتور عبد العظيم الديب، دار الأنصار القاهرة الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٠هـ.

٣. ابن أمير الحاج، محمد بن محمد بن محمد (ت ٨٧٩هـ): التقرير والتحبير شرح التحرير في أصول الفقه لابن الهمام، طبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣م.

٤. البخاري، عبد العزيز (ت ٧٣٠هـ): كشف الأسرار، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، سنة ١٣٩٤هـ.

٥. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ): التاريخ الكبير تحقيق السيد هاشم الندوي،دار الفكر.

٦. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (ت ٢٥٦هـ): صحيح البخاري مع شرح فتح الباري لابن حجر، تحقيق الشيخ عبد العزيز بن باز، وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٤١٠هـ/١٩٨٩م.

٧. البلقيني، سراج الدين أبو جعفر عمر بن رسلان (ت ٨٠٥هـ): محاسن الاصطلاح وتضمين كتاب ابن الصلاح، طبعة دار الكتب المصرية القاهرة، سنة ١٣٩٤هـ.

---

* ملاحظات:

(١) ذكرتُ المراجع العلمية في هوامش صفحات البحث، وعند ذكر المرجع لأول مرّة في الهامش كنتُ أذكرُ جميع بياناته المتوفرّة، فأُبيِّن مؤلّفه ومكان وزمان طباعته وجهة نشره، إن وُجِدت فيه، بحيث يمكن الاستغناء عن قائمة المراجع هذه.

(٢) رجعتُ في بعض الكتب إلى أكثر من طبعة، وكنتُ أذكرُ في الهامش جميع بياناهما، وقد اعتبرتُ إحداها أصلية وذكرهما هنا في قائمة المراجع.

٨. البوطي، محمد سعيد رمضان: ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، سنة ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٩. البيضاوي، عبد الله بن عمر بن محمد (ت ٦٨٥هـ): تفسير البيضاوي تحقيق عبد القادر عرفات العشا،دار الفكر، بيروت، سنة ١٤١٦هـ/١٩٩٦م.

١٠. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي (ت ٤٥٨هـ): سنن البيهقي الكبرى مراجعة محمد عبد القادر عطا، مكة المكرمة، سنة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

١١. الترمذي، أبو عيسى بن سورة (ت ٢٩٧هـ): الجامع الصحيح (سنن الترمذي) تحقيق أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وكمال يوسف الحوت، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٧م.

١٢. التلمساني، أبو عبد الله محمد بن أحمد (ت ٧٧١هـ): مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣م .

١٣. ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم (ت ٧٢٨هـ): القواعد النورانية الفقهية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت ١٣٩٩ هـ.

١٤. ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم (ت ٧٢٨هـ): كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في التفسير، تحقيق عبد الرحمن محمد قاسم النجدي مكتبة ابن تيمية.

١٥. ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم (ت ٧٢٨هـ): كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، نشر مكتبة ابن تيمية.

١٦. ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم (ت ٧٢٨هـ): مجموع فتاوى شيخ الإسلام، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم مكة المكرمة مكتبة النهضة الحديثة، ١٤٠٤هـ.

١٧. الحاكم، أبو عبد الله محمد عبد الله النيسابوري (ت ٤٠٥هـ): معرفة علوم الحديث، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٩٧٧م.

١٨. ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني (ت ٨٥٢هـ): تلخيص الحبير، المدينة المنورة، سنة ١٣٨٤هـ ١٩٦٤م.

١٩. ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني (ت ٨٥٢هـ): شرح النخبة (نزهة النظر في توضيح نخبة الفكر) تحقيق د. نور الدين عتر دار الخير دمشق الطبعة الثانية، سنة ١٤١٤هـ.

٢٠. ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني (ت ٨٥٢هـ): فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق الشيخ عبد العزيز بن باز وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ/١٩٨٩م.

٢١. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦هـ): الإحكام في أصول الأحكام، طبعة دار الحديث، القاهرة ١٤٠٤هـ — ١٩٨٤م.

٢٢. ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل(ت ٢٤١هـ): مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة التاريخ العربي ودار إحياء التراث العربي، سنة ١٩٩١م.

٢٣. الخطّابي، حمد بن محمد بن إبراهيم (ت ٣٨٨هـ):"معالم السُّنن" في شرح أبي داود، المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨١م.

٢٤. الخطيب البغدادي، أحمد بن علي (ت ٤٦٣هـ): الكفاية في علم الرواية طبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الهند، سنة ١٣٥٧ هـ.

٢٥. الخير آبادي، محمد أبو الليث: المنهج العلمي عند المحدثين في التعامل مع متون السنة، مجلة إسلامية المعرفة، العدد الثالث عشر ١٩٩٨م.

٢٦. أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني (ت ٢٧٥هـ): سنن أبي داود المكتبة العصرية، بيروت.

٢٧. ابن دقيق العيد، محمد بن علي بن وهب القشيري (ت ٧٠٢هـ): إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٨. الدهلوي، شاه ولي الله: الفوز الكبير في أصول التفسير، تعريب سليمان الحسيني الندوي، الهند، دار الصحوة، طبعة ثانية ١٩٨٦م.

٢٩. الذهبي،محمد بن أحمد بن عثمان (ت ٧٤٨هـ): سير أعلام النبلاء طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة ١٤١٢هـ.

٣٠. الرازي، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسن (ت ٦٠٦هـ): المحصول في علم أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٨هـ — ١٩٨٨م.

٣١. ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي (ت ٧٩٥هـ): الاستخراج لأحكام الخراج، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م.

٣٢. ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد القرطبي (ت ٥٩٥هـ): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق د.عبد الله العبادي، طبعة دار السلام القاهرة الطبعة الأولى، سنة ١٤١٦هـ — ١٩٩٥م.

٣٣. الريسوني، أحمد: نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي،طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الرابعة ١٤١٦هـ — ١٩٩٥م.

٣٤. الزحيلي، وهبة: أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٦م.

٣٥. الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله (ت ٧٩٤هـ): البرهان في علوم القرآن،تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم،دار المعرفة، بيروت ١٣٩١هـ.

٣٦. الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله (ت ٧٩٤هـ): المنثور في القواعد الفقهية، تحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، سنة ١٤٠٥هـ.

٣٧. الزرقاني، محمد عبد العظيم: منـــاهل العرفان في علوم القرآن تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦م.

٣٨. الزنجاني، شهاب الدين محمود بن أحمد (ت ٦٥٦هـــ): تخريج الفروع على الأصول،تحقيق الدكتور محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة الرابعة، سنة ١٩٨٢م.

٣٩. أبو زهرة، محمد: أصول الفقه، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة سنة ١٤١٧هـــ - ١٩٩٧م.

٤٠. الزيلعي، عبد الله بن يوسف بن محمد (ت ٧٦٢هـــ): نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق محمد يوسف البنوري، دار الحديث مصر سنة ١٣٥٧هـــ.

٤١. ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي (ت ٧٧١هـــ): جمع الجوامع طبعة مصر.

٤٢. ابن السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي (ت ٧٧١هـــ): طبقات الشافعية الكبرى، طبعة عيسى البابي الحلبي، سنة ١٣٨٢هـــ.

٤٣. السخاوي، محمد بن عبد الرحمن (ت ٩٠٢هـــ): الإعلان بالتوبيخ لمن ذم أهل التواريخ، طبعة الترقي بدمشق، ١٣٤٩هـــ، وطبعة القدسي.

٤٤. السرخسي، محمد بن أبي سهل (ت ٤٩٠هـــ): أصول السرخسي تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، سنة ١٣٨٢هـــ.

٤٥. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر(ت ٩١١هـــ): الإتقان في علوم القرآن، طبعة الحلبي.

٤٦. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر(ت ٩١١هـــ): الأشباه والنظائر فـــي قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٣هـــ - ١٩٨٣م.

٤٧. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر(ت ٩١١هـ): تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي،تحقيق الأستاذ عبد الوهاب عبد اللطيف دار الكتب الحديثة، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٦م.

٤٨. الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت ٧٩٠هـ): الاعتصام طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ – ١٩٩١م.

٤٩. الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى (ت ٧٩٠هـ): الموافقات في أصول الأحكام، تحقيق الشيخ عبد الله درّاز وعناية الشيخ إبراهيم رمضان دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٦هـ – ١٩٩٦م.

٥٠. الشافعي، محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ): اختلاف الحديث، تحقيق عامر أحمد حيدر، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م.

٥١. الشافعي، محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ): الرسالة، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت.

٥٢. الشربيني الخطيب، محمد بن أحمد (ت ٩٧٧هـ): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر سنة ١٣٧٧هـ – ١٩٥٨م.

٥٣. الشوكاني، محمد بن علي (ت ١٢٥٠هـ): إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، طبع دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ.

٥٤. الشوكاني، محمد بن علي (ت ١٢٥٠هـ): فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر، بدون تاريخ.

٥٥. ابن الصلاح، أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن: علوم الحديث (مقدمة ابن الصلاح)، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٩٦م (مطبوع مع شرحه التقييد والإيضاح للعراقي).

٥٦. الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب (ت ٣٦٠هـ): المعجم الأوسط دار الحرمين، القاهرة، سنة ١٤١٥هـ.

٥٧. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ت ١٢٥٢هـ): ردّ المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين،دار الفكر بيروت الطبعة الثانية، سنة ١٣٨٦هـ.

٥٨. **٥٨ـ** العالم، يوسف حامد: المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ/١٩٩١م.

٥٩. عبد الله الزبير عبد الرحمن: دعوة الجماهير مكونات الخطاب ووسائل التسديد، طبعة مركز البحوث والدراسات بدولة قطر، سلسلة كتاب الأمة الطبعة الأولى، سنة ١٤٢١هـ.

٦٠. أبو عبيد، القاسم بن سلام (ت ٢٢٤هـ): الأموال، مكتبة الكليات الأزهرية، سنة ١٣٨٨هـ.

٦١. العز بن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (ت ٦٦٠ هـ): الإمام، تحقيق رضوان مختار، دار البشائر الإسلامية بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٧هـ.

٦٢. العز بن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام (ت ٦٦٠ هـ): قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعرفة، بيروت.

٦٣. العضد،عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار الأيجي (ت ٧٥٦هـ): شرح مختصر المنتهى، طبع دار الكتب العلمية، بيروت.

٦٤. بو عود، الأستاذ أحمد: فقه الواقع أصول وضوابط، طبعة مركز البحوث والدراسات بدولة قطر،سلسلة كتاب الأمة، الطبعة الأولى المحرم ١٤٢١هـ.

٦٥. أبو غدة، الشيخ عبد الفتاح: لمحات من تاريخ السنة وعلوم الحديث مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الرابعة، سنة ١٤١٧هـ.

٦٦. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ): إحيـــاء علوم الدين طبعة دار المعرفة، بيروت.

٦٧. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد (ت ٥٠٥هـ): المستصفى من علم الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٣هـ.

٦٨. الغزالي، الشيخ محمد: التدين المغشوش، مجلة العربي، العدد ٢٧٨ يناير ١٩٨٢م.

٦٩. الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب (ت ٨١٧هـ): القاموس المحيط مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م.

٧٠. القاسمي،محمد جمال الدين بن محمد (ت ١٣٣٢هـ): قواعد التحديث من فنون مصطلح الحديث، تحقيق محمد البيطار، دار النفائس بيروت الطبعة الثانية، سنة ١٤١٤هـ. وطبعة دار الكتب، بيروت الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م.

٧١. القاسمي،محمد جمال الدين بن محمد (ت ١٣٣٢هـ): محاسن التأويل طبعة عيسى البابي الحلبي، الطبعة الأولى، ١٣٧٦هـ — ١٩٥٧م.

٧٢. قاضي زادة: تكملة فتح القدير، طبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر الطبعة الأولى، ١٣٨٩هـ — ١٩٧٠م.

٧٣. ابن قتيبة، عبد الله بن مسلم الدينوري (ت ٢٧٦هـ): تأويل مختلف الحديث دار الجيل، بيروت، سنة ١٣٩٣هـ، وطبعة مصر.

٧٤. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي (ت ٦٢٠هـ): المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ.

٧٥. القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن (ت ٦٨٤هـ): الاحكام، تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبي غدّة، طبعة حلب، ص١٢٩.

٧٦. القرضاوي، يوسف: كيف نتعامل مع السنة (معالم وضوابط)، طبعة المعهد العالمي للفكر الإسلامي ومكتبة المؤيد بالرياض، طبعة ثالثة ١٤١١هـ — ١٩٩١م.

٧٧. القرضاوي، يوسف: المرجعية العليا في الإسلام للقرآن والسنة طبعة مؤسسة الرسالة، ١٤١٤هـ — ١٩٩٣م.

٧٨. القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر (ت ٦٧١هـ): الجامع لأحكام القرآن، دار الشعب، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة ١٣٧٢هـ.

٧٩. ابن قيم الجوزية،أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (ت ٧٥١هـ): أحكام أهل الذمة، مطبعة جامعة دمشق.

٨٠. ابن قيم الجوزية،أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (ت ٧٥١هـ): إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل بيروت.

٨١. ابن قيم الجوزية،أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (ت ٧٥١هـ): حاشية ابن القيم على سنن أبي داود دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية،سنة ١٤١٥هـ.

٨٢. ابن قيم الجوزية،أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (ت ٧٥١هـ): المنار المنيف في الصحيح والضعيف، تحقيق الشيخ عبد الفتاح أبي غدة مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة السادسة، سنة ١٩٩٤م.

٨٣. الكاساني،علاء الدين أبوبكر بن مسعود بن أحمد (ت ٥٨٧هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة شركة المطبوعات العلمية سنة ١٣٢٧ هـ.

٨٤. ابن كثير،عماد الدين إسماعيل بن عمر الدمشقي (ت ٧٧٤هـ): اختصار علوم الحديث، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٨هـ).

٨٥. ابن كثير،عماد الدين إسماعيل بن عمر الدمشقي (ت ٧٧٤هـ): البداية والنهاية طبعة السعادة، مصر، سنة ١٣٥١هـ.

٨٦. ابن كثير، عماد الدين إسماعيل بن عمر الدمشقي (ت ٧٧٤هـ): تفسير القرآن الكريم، دار الفكر، بيروت، سنة ١٤٠١هـ.

٨٧. الكلوذاني،أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن (ت ٥١٠هـ): التمهيد في أصول الفقه، تحقيق الدكتور محمد بن علي بن إبراهيم طبعة مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى.

٨٨. الكيلاني، عبد الرحمن إبراهيم: قواعد المقاصد حقيقتها ومكانتها في التشريع، مجلة إسلامية المعرفة، العدد الثامن عشر، خريف ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م.

٨٩. اللكنوي،محمد عبد الحي: الأجوبة الفاضلة للأسئلة العشرة الكاملة دار السلام، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٤١٧هـ.

٩٠. ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣هـ): سنن ابن ماجه دار إحياء التراث العربي، سنة ١٩٧٥م.

٩١. مالك بن انس بن مالك الأصبحي (ت ١٧٩هـ): الموطأ، دار إحياء العلوم، بيروت، سنة ١٩٨٨م.

٩٢. محمد أديب صالح: تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، طبع المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٤هـ — ١٩٨٤م.

٩٣. محمد رأفت سعيد: أسباب ورود الحديث، تحليل وتأسيس، طبعة مركز البحوث والدراسات بدولة قطر، سلسلة كتاب الأمة، ١٤١٤ هـ.

٩٤. مسلم، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت ٢٦١ هـ): صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية القاهرة، سنة ١٩٥٦م.

٩٥. المعلمي، عبد الرحمن بن يحيى اليماني: الأنوار الكاشفة، طبعة السلفية سنة ١٣٧٨هـ.

٩٦. المناوي،محمد بن عبد الروؤف (ت ١٠٣١هـ): فيض القدير في شرح الجامع الصغير للسيوطي،طبعة المكتبة التجارية الكبرى، مصر الطبعة الأولى، سنة ١٣٥٦هـ.

٩٧. النجار، عبد المجيد: في فقه التدين فهماً وتتريلاً، طبعة مركز البحوث والدراسات بدولة قطر، سلسلة كتاب الأمة، ١٤١٠هـ.

٩٨. ابن النجارالفتوحي، محمد بن أحمد بن عبد العزيز (ت ٩٧٢هـ): شرح الكوكب المنير، تحقيق نزيه حماد ومحمد الزحيلي،طبع دار الفكر، دمشق سنة ١٤٠٠هـ.

٩٩. النحاس، أحمد بن محمد بن إسماعيل المرادي (ت ٣٣٩هـ): الناسخ والمنسوخ، تحقيق د. محمد عبد السلام محمد، مكتبة الفلاح الكويت الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٨هـ.

١٠٠. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي (ت ٣٠٣هـ): سنن النسائي، دار البشائر الإسلامية، سنة ١٩٨٦م.

١٠١. نور الدين عتر: منهج النقد في علوم الحديث، دار الفكر، دمشق سنة ١٩٨٨م.

١٠٢. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ): شرح النووي على صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٢هـ.

١٠٣. همام عبد الرحيم سعيد: الفكر المنهجي عند المحدثين، طبعة رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية بدولة قطر، الطبعة الأولى، المحرم ١٤٠٨هـ.

١٠٤. أبو يعلى، محمد بن الحسن الفراء (ت ٤٥٨هـ): العدة في أصول الفقه، تحقيق الدكتور أحمد علي المباركي،طبع مؤسسة الرسالة بيروت سنة١٩٨٠.

تحديد المبادىء القانونية للتصرفات الواردة على حقوق الاختراع

دراسة مقارنة في القانون الإماراتي والاردني والفرنسي

د. نوري حمد خاطر
الأستاذ المشارك بقسم المعاملات
كلية الشريعة والقانون. جامعة الإمارات العربية

ملخص البحث:

تحتل حقوق الاختراع مكانة متميزة في الملكية الفكرية عموماً وفي الملكية الصناعية خصوصاً، إذ يترتب الاعتراف بها آثاراً مهمة على المستويين القانوني والاقتصادي، لهذا أولتها التشريعات الخاصة بالاختراعات اهتماماً واسعاً، ولعل مواد التصرف بهذه الحقوق من أهم هذه الآثار، إذ حددت التشريعات المبادىء القانونية الأساسية التي تحكمها، ووجدنا من المناسب دراستها وبيان قواعدها الأساسية بالمقارنة مع القواعد العامة للتصرف القانوني. وقد كانت الدراسة عبارة عن مقارنة بثلاثة تشريعات، الفرنسي والإماراتي والأردني.

مقدمة:

١- تعترف قوانين الاختراع للمخترع أو لخلفه بحق استغلال الاختراع والتصرف فيه للغير تصرفاً ناقلاً للملكية أو تصرفاً ناقلاً لحق الاستغلال فقط. ولكن ما هي طبيعة هذا الحق هل هو حق عيني أم هو حق متميز بخصوصية معينة؟ تُجمع التشريعات الخاصة بالاختراع والفقه على أن حق المخترع على اختراعه هو حق ذو قيمة مالية، إلا أن الفقه اختلف في تحديد طبيعته، هل هو حق عيني أم حق لصيق بشخص المخترع؟ ذهب تجاه في الفقه الفرنسي إلى تكييفه بأنه حق من الحقوق اللصيقة بشخص المخترع لأنه وليد العقلانية لم يكتسبه المخترع بناء على تعامل مالي محدد[١]، في حين ذهب تجاه آخر إلى أنه حق فكري قائم لذاته متميز على كل الحقوق المعروفة في قانون المعاملات المالية (الحق الشخصي -الالتزام- الحق العيني، الحقوق الشخصية[٢]. ويذهب الفقيه Roubier إلى أن حق المخترع هو حق من حقوق الملكية الصناعية التي تتكون من عناصر معنوية (مثل العلامة التجارية، الاسم التجاري، الشعار، الرسوم والنماذج الصناعية) تهدف لجذب الزبائن، فهي حقوق غير موجودة لذاتها إلا أنها لها قيمة مالية بالنظر إلى أهدافها. لهذا أطلق عليها حقوق الزبائن[٣]. لم تلق هذه النظرية صداً لدى الفقه إذ تتساءل كيف نحدد طبيعة الحق بالنظر إلى أهدافه إذ يجب أن ينظر إلى الحق ذاته وهل يمنح صاحبه استئثاراً معيناً أي سلطة أو مكنة؟[٤].

---

(١) Marcel Plaisan, traité de droit conventionnel international concernant la propriété industrielle, sirey H D. 1949. P.4, cité par J. Foyer et M.Vivant, le droit des brevets éd . Thémis, Paris 1991 p. 263.

(٢) راجـــع: J.Dabin, les droits intellectuels comme catrgorie juridique Rev. écrit de log. et de Jur 1939, 413, cité par J.M.Mousseron, Traité des brevets, litec, Paris, 1984, n° 51, p. 45.

(٣) P.Roubier, Droit intellectuels et droit de clientél, RTD. Civ.1935, cité par Foyeret Vivant, op.cit P.264, Roubier, la propriété industrielle,T.l n°23.

(٤) راجع في تفاصيل هذا الرأي، عصمت عبد المجيد وصبري حمد خاطر، الحماية القانونية للملكية الفكرية، منشورات بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠١، ص١٨٢ ومابعدها.

يذهب الاتجاه العام في الفقه الفرنسي إلى رفض تكييف حق المخترع بغير فكرة الحق العيني، وفي هذا السياق ذهب الفقيه Aweill إلى أن الواقع الحديث أظهر لنا حقوقاً جديدة غير معروفة سابقاً، وهذه الحقوق لها قيمة اقتصادية كبيرة وتقيم بالنقد عادة، وهي حقوق المؤلف على مصنفه وحقوق المخترع على اختراعه وحقوق التاجر على عملائه واسمه التجاري وعلامته التجارية، وحقوق الطبيب والمحامي على عملائهما، كل هذه الحقوق لاتعد حقوقاً شخصية (التزامات) لأنها لاتمارس في مواجهة شخص آخر هو المدين، بل هي وليدة الجهد الفكري تمنح صاحبها سلطة احتكارها واستغلالها، monople d'éxploitation d'une pensée. وبهذه المثابة لا تخرج عن الحق العيني الذي يمنح صاحبه حق استغلال مانع[1].

ويشارك الرأي هذا الفقيه Mousseron إذ يرى أن حق الاختراع هو حق عيني فيه عنصر معنوي مفاده أن الاختراع وليد العقلانية ويؤكد العلاقة بين المخترع والاختراع. أما غير ذلك فهو حق عيني مالي مانع يمكّن فيه مالكه سلطة التصرف إلى الغير واستغلاله كأي حق مالي آخر قابل للتداول. ويكيفه الفقيه ذاته أنه حق ملكية لأنه اختصاص مانع يمكّن المخترع احتكاره والتصرف فيه واستعماله واستغلاله[2].

---

(١) A.Weill, Droit civil, introduction générale, 2eme éd-1970, 211, p-181,cité par J.M. Mousseron, op. cit, n° 52, p. 47.
وراجع باللغة العربية، جلال وفاء محمد ين، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (Trips)، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية (٢٠٠٠) ص ٥٢ ومابعدها.

(٢) J.M- Mousseron, contribution de l'analyse objective du droit du breveté d'invention, thése Monpellier, 1959, LGDJ, Paris 1961, droit des brevetés, op.cit, n° 51, p.44-45.
ويشاركه في هذا الرأي: A.Chavanne et J.J Burst, proprieté industrielle, dalloz1999,n° 2 p.2.

وإذا كان الاعتراض على أنه حق مؤقت غير مؤبد، فهذه صفة لاتعتبر من طبيعة حق الملكية للاختراع إذ تشترك فيها مع غيره من الحقوق، فكثير من الأموال تنتهي بمدة قصيرة، فالزهرة سرعان ما تذبل وتنتهي بعد تملكها بساعات[١]، وأغلب الاختراعات تنتهي مدة حمايتها لظهور اختراعات جديدة أفضل منها[٢] .

٢- ونعتقد أن حق الملكية هو الخيار الصحيح لتكييف حق الاختراع لأن المخترع ينفرد بسلطة مطلقة على اختراعه في حدود القانون وله استعماله واستغلال والتصرف فيه، وإذا كان للسلطة العامة حق نزع ملكية الاختراع أو نزع حق استغلال من المخترع، فهي ليست ميزة ينفرد بها الاختراع إذ أن كثيراً من التشريعات تنــزع ملكية الأراضي غير المستغلة أو نزع حق الانتفاع بها. إضافة إلى ذلك أن التشريعات الخاصة بالاختراع تصفه بحق ملكية صراحة أو من خلال الاعتراف بحقوق مالية لمالك الاختراع[٣]، و إطلاق حق الملكية على حق الاختراع لايجرده من بعض السمات الخاصة التي ينفرد بها عن غيره، ولعل أبرزها هي

---

(١) Foyer et Vivant, op-cit, p. 266.

(٢) ٩٠% من الاختراعات تنتهي قبل نهاية مدتها، راجع في هذه الإحصائية
J..M. Mousseron, traité des brevets, op.cit, n° 52, p-47.

(٣) راجع مثال ذلك المادة (٢) من القانون الأردني لبراءات الاختراع رقم (٣٥) لسنة ١٩٩٩. والمادة (١٥) مــن القــانون الاتحادي لدولة الإمارات رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٢ في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لــبراءات الاخـــتراع والرسوم والنماذج الصناعية، وراجع المادة (L.611-1) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم ٩٢-٥٦٧ لسنة ١٩٩٢. تذهب الأستاذة سميحة القليوبي إلى أن ملكية المخترع ملكية من نــوع خاص تمثل في حقيقتها وظيفة اجتماعية، ويترتب على ذلك تحمل صاحبها التزامات عدة، التزام بدفــع الرسم والتزام باستغلال اختراعه، سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، بــدون سنة النشر، ص١٣٤، وراجع نعيم مغبغب، براءة الاختراع، ملكية صناعية وتجارية، دراسة في القــانون المقارن، منشورات الحلبي، ٢٠٠٣، ص١١٠ ومابعدها. ويبدو أن القانون الإنكليزي متمسك حتى النهاية بفكرة حق الملكية لحق المخترع، راجع في تفاصيل ذلك:
Lionol Bently and Brand Shermon. Intellectuel property law. Oxford, 2001, p. 419-470, p.513.

التصرفات الواردة عليه، إذ أقامت التشريعات الخاصة بالاختراع بعض القيود على تصرفات المخترع لاعتبارات عدة منها حماية المخترع ذاته أو حماية المصلحة العامة، لكنها لم ترفع يد المخترع من التصرف بحقوقه المالية[1] بالطريقة التي يختارها، فله أن يتنازل عن ملكية الاختراع تماماً وله أن يتنازل عن حق استغلال الاختراع فقط مع احتفاظه بحق الملكية.

٣- وقد وجدنا أن التصرف الناقل لملكية الاختراع والتصرف الناقل لحق استغلال الاختراع من أهم التصرفات الواردة على حقوق الاختراع وأنها بحاجة إلى دراسة وتحليل في اللغة العربية موازنة مع القواعد العامة للتصرف القانوني[2]. لهذا قسمنا الدراسة إلى ثلاثة مباحث تناولنا في الأول القيود الواردة على التصرف بحقوق الاختراع وهي قيود ترد على أي تصرف يرد على الاختراع، ولهذا أفردنا لها مبحثاً مستقلاً، وعالجنا في الثاني التصرف الناقل لملكية الاختراع، في حين خصصنا الثالث والأخير لدراسة التصرف الوارد على حق استغلال الاختراع (الترخيص). وقد جاءت الدراسة مقارنة بين ثلاثة قوانين هي الفرنسي والأردني والإماراتي مع الإشارة إلى قوانين أخرى كلما كان ذلك ممكناً، وتجنبت الدراسة تكرار القواعد العامة في المعاملات المالية، وانصبت على القواعد القانونية الخاصة بالتصرفات الواردة على حقوق الاختراع.

---

(١) نذكر بأن حق المخترع في نسبة الاختراع إليه هو حق معنوي لايجوز التنازل عنه لأنه يؤكد الصلة بين الاختراع والعقلانية.

(٢) لم نتطرق إلى قواعد رهن الاختراع لأنها لاتختلف عن القواعد العامة في القانون المدني.

المبحث الأول

القيود الواردة على التصرف بحقوق الاختراع

٤- للإرادة حرية في إبرام العقود وتحديد آثارها، وهذا المبدأ أقرته القواعد العامة للمعاملات المالية، لكن قد يتدخل القانون ولأسباب مختلفة في تقييد حرية الإرادة في انعقاد العقد أو في ترتيب أثاره[(١)]، وهذا ماتم في التصرفات الواردة على حقوق المخترع، إذا اشترط القانون الكتابة وتسجيل التصرف لدى جهة رسمية مختصة. وتدخل القانون في إجبار المخترع على تقديم الاختراع للاستغلال الصناعي على الرغم من عدم رغبته في ذلك، وهذه القيود لها اعتبارات عدة نشير إليها في الآتي:

المطلب الأول

شرط الكتابــة

٥- اشترطت التشريعات الثلاثة المقارنة الكتابة لأي تصرف يرد على حقوق الاختراع سواء كان ناقلاً لحق الملكية أو ناقلاً لحق الاستغلال، غير أن التشريع الفرنسي رتب على تخلف الكتابة البطلان على الرغم من أنه لم يحدد شروط تحريرها[(٢)]، في حين اشترط القانون الإماراتي تحرير التصرف كتابة أمام موظف

---

(١) وراجع في القواعد العامة، محمد إبراهيم بنداري، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، دراسة مقارنة. الموقع : www.geocties.com/bendari,1962 ف ١٩، ص١٩ ومابعدها.

(٢) راجع المادة (L-613-6) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

مختص يصادق عليها أو أمام الكاتب العدل ولم يرتب على تخلفها أي أثر[1]، ولم يأت القانون الأردني على ذكر الكتابة إلا أن المادة (٥٠) من نظام براءات الاختراع رقم (٩٧) لسنة ٢٠٠١ الصادر بموجب قانون براءات الاختراعات اشترطت تحرير التصرفات بموجب عقد خطي دون أن تتطرق إلى آثار تخلف الكتابة.

ويبدو أن الاتجاه العام في الفقه الفرنسي هو عدم الحكم ببطلان التصرف لتخلف الكتابة على الرغم من صراحة نص المادة (L-613-6) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي التي تقضي بأن أي تصرف ناقل للملكية أو يمنح ترخيصاً يجب إثباته كتابة وإلا عد باطلاً. ويعزي سبب الرفض هو أن البطلان في المادة أعلاه هو بطلان نسبي جاء لحماية أطراف العلاقة التعاقدية لا لحماية النظام العام[2].

٦- وإذا ولينا وجهنا إلى النظرية العامة للشكلية في القواعد العامة نجد أن هناك اتجاهين[3]:

يرى الاتجاه الأول أن أصل الكتابة مقررة للإثبات، فلا يمكن إقرار بطلان التصرف ما لم يرد نص صريح يقرره، ويجب التحري جيداً من سبب إقرار البطلان، فإذا كانت الكتابة تتعلق بالنظام العام يكون البطلان مطلقاً أما إذا لم يكن كذلك فإن البطلان نسبي لأنه يأتي هنا لحماية أطراف العلاقة التعاقدية فلا يحكم به ما لم

---

(١) راجع المادة (١٨) من القانون الإماراتي. نشير إلى أن القانون الاتحادي رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٢ رتب على عدم كتابة عقد الدراية العلمية البطلان، راجع المادة (٤١).

(٢) راجع في تفاصيل ذلك :

Chavanne et Burst 0p-cit, nº 276, p.84.

ويشارك هذا الرأي القضاء الفرنسي راجع:

Cass, com.17 juillet 1957.D. Somm 10.

(٣) راجع في تفاصيل هذين الاتجاهين، ياسر الصرفي، التصرف القانوني الشكلي، رسالة دكتوراه١٩٩٢، جامعة القاهرة، وراجع محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٤٨، ص٢٧ ومابعدها. راجع في اللغة الفرنسية:

Marie- Anitoinette Guerrioro, l'acte juridique solennel, LGDJ, 1975, p.29 ets.

يتمسك به أحد المتعاقدين. وهذا هو تفسير الفقه الفرنسي لنص المادة (L.613-6) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي. وينطلق هذا الاتجاه من فكرة مفادها أن الأصل حرية الإرادة في إبرام العقود دون أي شرط أو قيد، وأن فرض الكتابة باعتبارها ركناً في العقد يأتي قيداً عليها يجب تفسيره بأضيق حدود، فالتراضي يوجد العقد واقعياً ولكن لايعترف به القانون مالم يلبس شكلاً معيناً هي الكتابة ورتب على تخلفها البطلان. أما إذا اشترط القانون الكتابة فقط دون أن يرتب عليها أثر البطلان فهي للإثبات دائماً وهي بهذه المثابة لاتعد قيداً على حرية التعاقد بل تأتي لحماية الحقوق الناشئة عن التصرفات القانونية[1].

أما الاتجاه الثاني فيرى خلاف ذلك، إذ يجد أن مجرد اشتراط القانون الكتابة في التصرف يكفي لترتيب على تخلفها البطلان، لأن الكتابة هي ليست قيداً على حرية الإرادة بل هي وسيلة تعبير عنها، فاشتراطها من المشرع يعني أن التعبير عن الإرادة لايتم إلا بطريقة واحدة هي الكتابة، فأي تعبير يتم بطريق آخر لايصح وعليه يقع التصرف باطلاً، فلا ينظر إلى الشكل بأنه ركن رابع يضاف إلى أركان العقد الأخرى وإنما هو عنصر جوهري في وجود التراضي فإذا لم يعبر عنه كتابة لايعد موجوداً أصلاً[2]. وعليه فإن اشتراط القانون الكتابة في التصرفات الواردة على حقوق الاختراع هو ملزم لطرفي العقد فيجب أن يعبر عن إرادتيهما كتابة، وهذا ماهو واضح في القانون الإماراتي إذا نصت المادة (١٨) على أنه "......ويجب أن يتم التنازل عن البراءة أو شهادة المنفعة أو عن طلب أي منها كتابةً وأن يوقع الأطراف المتعاقدة أمام الموظف المسؤول في الإدارة أو أن يصادق على توقيعاتهم

---

(١) راجع ياسر الصرفي، المرجع السابق، ص ٩

(٢) راجع ياسر الصرفي، المرجع السابق، ص٢٠ وراجع أيضاً: M-A.Gueirioro, op.cit,P.30 etss.

الكاتب العدل"، فإذا لم يتم التعبير عن هذه الإرادة بهذه الطريقة لايوجد تصرف أصلاً أي يعد كأن لم يكن باطلاً.

٧- ولا نعتقد من جانبنا أن المشرع قصد ذلك في القوانين المقارنة الثلاثة بل قصد من اشتراطه الكتابة حماية حقوق المخترع أو خلفه من استغلال الغير له، فقواعد الملكية الفكرية جاءت لحماية المبدع أصلاً وحقوقه، وليس الكتابة إلا من بين هذه القواعد التي تضمن حقوق المخترع أو خلفه، فأي شخص يدعى حقاً على مالك البراءة أن يثبته كتابة، وهذا ما قضت به المادة (L.613-6) من القانون الفرنسي إذا اشترطت إثبات التصرفات الواردة على حقوق الاختراع كتابة(١)، أما المصلحة العامة التي تسعى الكتابة لحمايتها أحياناً فهي مضمونة في قانون براءات الاختراع من خلال اشتراط تسجيل الاختراع ذاته ومنحه البراءة ومن خلال تسجيل التصرفات الواردة على حقوق الاختراع في دائرة التسجيل.

المطلب الثاني
تسجيل التصرف

٨- ألزمت التشريعات المقارنة المتعاقدين تسجيل أي تصرف يرد على حقوق الاختراع في دائرة تسجيل الاختراع على أن يفتح سجل لهذا الغرض، والهدف من التسجيل هو لنفاذ التصرف بحق الغير، فإذا لم يقيد التصرف في السجل لا يعد إلا حجة على المتعاقدين، ومعنى ذلك أن وظيفة التسجيل للإشهار فقط فلا أثر له على انتقال الملكية إذ تنتقل بحكم العقد(٢). وليس للمسجل سلطة في تقرير صحة أو

---

(١) راجع نوري حمد خاطر، تقييد حرية التعاقد في نطاق التصرفات الواردة على حقوق المؤلف المالية، دراسة مقارنة، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، مجلد ٢٦، ع٢، ١٩٩٩، ص٣٢.

(٢) راجع : Cass, com. 19 fev, 1975, Bull- civ. 1975, 4, n° 81.

بطلان العقد عند تسجيله(1) إلا إذا كان الاختراع غير ممنوح البراءة عندئذ له حق الرفض لأنه لايوحد اختراع أصلاً فوجوده مرتبط بمنح البراءة.

ويترتب على عدم تسجيل التصرف أن المالك الجديد أو صاحب حق الاستغلال لايستطيع الاحتجاج على الغير بالتقليد أو بعدم الاعتداء لأن العقد بالنسبة للغير لايعد موجوداً، إلا إذا كان الغير سيئ النية أي يعلم علماً حقيقياً بوجود العقد(2). وهذا ما أكدته المادة (L-613-6) من القانون الفرنسي عندما نصت صراحة على أن العقد غير المسجل لا يكون نافذاً بحق الغير إلا إذا كان الأخير يعلم به علماً. ونعتقد أن المشرع الفرنسي قصد من ذلك العلم الحقيقي لأن الإشهار يحقق العلم المفترض. وليس على المالك أو صاحب الحق إلا مراجعة السلف في منع الاعتداءات التي وقعت قبل التسجيل، ولهذا الأخير أن يمنحه توكيلاً لهذا الغرض(3).

٩- ولكن ماهو الحل إذا تنازل المخترع أو خلفه عن حق الملكية بموجب عقد غير مسجل ثم سجله المالك باسم شخص آخر، هل تغلّب مصلحة الأخير على الأول أم يثبت الحق للمتعاقد الأول الذي انتقلت إليه الملكية.

يقضي المبدأ العام أن للتسجيل حجة مطلقة على الكافة غير أن وظيفة تسجيل التصرفات الواردة على ملكية الاختراع ليس لنقل الملكية بل للإشهار فقط والذي ينقل الملكية هو العقد، ومادام العقد قد تم يفترض أنها إلى المتعاقد الأول، وإذا قام المالك بتسجيل حق الملكية باسم شخص آخر في دائرة التسجيل يكون قد تصرف

---

(١) CA Paris, 21 mai 1976, D.1976, 524 ، وننوه القارئ أن مختصر CA يعني Cour d'appel محكمة استئناف و مصطلح .Cass يعني محكمة النقض الفرنسية ومصطلح TGi يعني المحكمة الابتدائية.

(٢) TGi, marseilles, 3 juin 1975 PABD, 1975.

(٣) Cass, crim-26 avril, 1934, Ann. 1934. 202, cité par Chavanne et Burst, op-cit, n° 281, p-127, CA Paris, 4 Juiun. 1966, Ann, 1966. 1219 Cass. Crim . Juin 1990 D. 1996, somm. P. 18 obs. J.M Mousseron et J.Schmidt.

وراجع أيضاً: J. Foyer et M. Vivant, op-cit, p.420.

بملك الغير فيتعرض تصرفه للبطلان في القانون الفرنسي(١)، ويكون موقوفاً في القانون المدني الأردني(٢) وقانون المعاملات المدنية الإماراتي(٣)، إلا إذا كان المتصرف إليه الثاني حسن النية أي انتقل إليه الحق بموجب عقد صحيح وكان لايعلم وليس من السهل عليه أن يعلم بوجود عقد سابق، وسجلت الملكية باسمه في دائرة تسجيل الاختراع، تثبت له الملكية طبقاً لقواعد الحيازة في المنقول سند الملكية(٤)، والتسجيل أعطى لحقه حجة على الكافة. أما إذا أراد المتعاقد الثاني فسخ العقد بحجة أنه لايعلم بوجود العقد السابق عند تعاقده مع مالك الاختراع، فله ذلك باعتبار أن العقد السابق حجة على أطرافه فيستطيع أن يحتج به عليهما. ويميل القضاء الفرنسي إلى تطبيق قواعد التدليس (التغرير) هنا، فعلى المتنازل له الثاني أن يستند إلى قواعد التدليس لإبطال العقد باعتبار أن المالك قد أخفى عليه تصرفه السابق(٥). ولكن إذا لم يقم مالك الاختراع بأي تصرف على اختراعه هل يجوز إجباره على التنازل لمصلحة الغير وتسجيل ذلك في دائرة التسجيل؟ هذا ما سنراه في الآتي:

المطلب الثالث
الترخيص الإجباري

١٠- يأتي الترخيص الإجباري قيداً مهماً على حرية الإرادة في التعاقد، فقد لايرى المخترع ضرورة لاستغلال اختراعه أو أنه يتحين فرصة أفضل للاستغلال

---

(١) راجع المادة (1599) من القانون المدني الفرنسي، وراجع في تفسير هذه المادة J. Ghestin et B-Desclé, Traité des contrats, LEDJ. Paris 1990, n° 371, p.415 et s.

(٢) راجع المادة (١٧١) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(٣) راجع المادة (٢١٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥.

(٤) راجع مثال ذلك المادة (١٣٢٥) من قانون المعاملات الإماراتي والمادة (١١٨٩) من القانون المدني الأردني.

(٥) Cass. Com . 19 avril 1967, D. somm, 1969, 180.

لكي يحقق ربحاً جيداً ومنافسة تجارية معتبرة. غير أن المشرع سمح للقضاء وللإدارة للتدخل في نزع حق المخترع في استغلال مقابل تعنته أو رفضه ذلك ومنح هذا الحق للغير لقاء تعويض عادل. ويأتي هذا القيد على حرية إرادة المخترع المالك أو خلفه لاعتبارات عدة؛ منها أن قانون الاختراع لايتدخل لحماية المبدع فحسب بل يأتي لحماية الصناعة الوطنية أيضاً وضمان تطورها وتقدمها[١]، فامتناع المخترع الأجنبي تبقى كما هي، ولكن امتناعه عن استغلال اختراعه في داخل دولة الحماية يضر بالمصلحة الوطنية، وقد لايكفي استيراد المنتجات من الخارج لتطوير الصناعة الوطنية، لهذا تمنح الجهات المختصة ترخيصاً للغير لاستغلاله[٢]، وقد تكون المصلحة الاقتصادية هي الدافع لمنح الترخيص الإجباري، إذ قد يؤدي استيراد المنتجات المخترعة من الخارج، مثل الأدوية، تكاليف طائلة لاقبل للدولة بها، لهذا تصرح لجهات مختصة باستغلال الاختراع محلياً بتكاليف أقل لقاء تعويض عادل للمخترع أو خلفه. وقد يكون الدافع هو حماية الأمن القومي، فإذا كان الاختراع ضرورياً لحماية الأمن الوطني يجوز لوزير الدفاع أن يطلب من الجهات المختصة منحه ترخيصاً لاستغلال أو حتى بطلب نزع ملكية الاختراع إذا اقتضت الحاجة.

١١- والترخيص الإجباري هو نزع حق استغلال الاختراع جبراً على المخترع أو خلفه لقاء تعويض عادل تقرره الإدارة أو القضاء[٣]. وفكرة الترخيص الإجباري ليست غريبة على القواعد العامة للملكية، إذ اعترفت بعض التشريعات بمنح حق استغلال الأرض الزراعية إلى الغير إذا امتنع مالكها عن استغلالها خلال فترة معينة وقد يصل الأمر إلى نزع الملكية أيضاً[٤].

---

(١) Foyer et Vivant, op.cit, p. 382.

(٢) وقد اعترفت المادة (٥) من اتفاقية باريس للملكية الصناعية بالترخيص الإجباري.

(٣) راجع في تعريف الترخيص، جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا على الدول النامية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٣، ص٣٩٩، محمد حسني عباس، الملكية الصناعية، المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص١٩٢، ص٢٠٠.

(٤) راجع مثال المادة (٢/٣٩) من القانون الزراعي الفرنسي رقم (n°83-212) الصادر في ١٩٨٣/٣/١٦.

ويقع الترخيص الإجباري بقرار من القضاء أو بقرار من الوزير المختص وهذا ماسنراه في الآتي:[١]

الفرع الأول
الترخيص القضائي

١٢- يختص القضاء في نظر طلبات التراخيص الإجبارية عند امتناع المخترع أو خلفه عن استغلال اختراعه. وقد أشار القانون الفرنسي[٢] والإماراتي[٣] إلى صلاحية القضاء (المحكمة الابتدائية) في نظر طلبات التراخيص، في حين منح القانون الأردني هذه الصلاحية إلى وزير الصناعة والتجارة إلا أن قراره قابل للطعن أمام محكمة العدل العليا خلال ستين يوماً من تبليغه لذوي الشأن[٤].

وقد حددت التشريعات الثلاثة المقارنة شروطاً لمنح الغير حقاً في استغلال الاختراع جبراً على مالكه وهي في الآتي:

١- امتناع المخترع أو خلفه عن استغلال الاختراع أو توقفه عن ذلك:

يجب أن يكون قد مضى على الامتناع ثلاث سنوات من تاريخ منح البراءة أو أربع سنوات من تاريخ إيداع الطلب أو أنه توقف عن الاستغلال ثلاث سنوات في القانون الفرنسي[٥].

---

(١) راجع في هذا التقسيم:
J-J- Burst, licence de brevets, nature et qualification juridique, formation et validité de contrat, jurisclasseur brevet, no22, p.h4.nº 22, p.h4. وقد أشارت على هذا التقسيم المادة (٥) من اتفاقية باريس أيضاً.

(٢) راجع المادة(L-613-12) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(٣) راجع المادة (٢٩) من القانون الإماراتي.

(٤) راجع المادة (٢٢) من القانون الأردني.

(٥) راجع المادة (L.613-11) من قانون الملكية الفكرية

وقد عرفت المادة (٣/٢٣) من القانون الإماراتي السابق رقم (٤٤) لسنة ١٩٩٢الاستغلال بأنه" ...تصنيع منتج محمي أو استعمال طريقة محمية أو استخدام آلة محمية في التصنيع من قبل منشأة قائمة جدياً وفعالة في دولة الإمارات العربية المتحدة...."، ولم يعتبر المشرع الإماراتي الاستيراد نوعاً من الاستغلال[١]، وسبقه في ذلك القضاء الفرنسي إلا أنه تراجع عن ذلك بعد مصادقة فرنسا على اتفاقية الجوانب المتصلة للملكية الفكرية (Tripi) التي تشترط عدم منح الترخيص الإجباري إذا كان الاختراع مستغلاً في أية دولة من دول الأعضاء في الاتفاقية، وقد خفف المشرع الفرنسي من غلواء هذا الشرط عندما أضاف إلى النص المعدل بموجب الاتفاقية أعلاه أن يكون الاختراع مستغلاً بطريقة تنسجم والمواصفات في السوق الفرنسي[٢].

ولم يجار المشرع الأردني الموقف أعلاه إذ نص صراحة على اعتبار استيراد الاختراع هو نوع من أنواع الاستغلال[٣]. إلا أنه لم يعترف بالاستغلال الذي يمنع الغير من المنافسة المشروعة شريطة أن يصدر قرار في ذلك من المحكمة أو من جهة إدارية مختصة. ومثله إذا كان استغلاله لايغطي احتياجات السوق المحلي ويمنع غيره من استغلال الاختراع في ظل منافسة مشروعة وعُد ذلك سبباً لمنح الترخيص في القانون الأردني أيضاً[٤].

---

(١) راجع المادة (٢٤/ ٢) من القانون الجديد.
(٢) راجع المادة (L-613-11) من القانون الفرنسي.
(٣) راجع المادة (٤٨/ج) من النظام الصادر بموجب قانون براءات الاختراع الأردني.
(٤) راجع المادة (٢٢/جـ).

٢- عدم وجود عذر مشروع للمخترع أو خلفه في عدم استغلاله للاختراع؛ فإذا كان للمخترع عذر مشروع في عدم استغلال للاختراع لايجوز الموافقة على الترخيص[١]، ويقدر القضاء العذر المشروع، فإذا كانت حجة المخترع هو عدم موافقة السلطة على الآلة المخترعة أو أنه بصدد التفاوض من أجل إبرام عقد ترخيص لايعد ذلك في نظر القضاء الفرنسي عذراً مقبولاً[٢]. في حين أجاز المشرع الأردني منح المخترع مهلة إضافية بعد انقضاء مدة الأربع سنوات أو الثلاثة، إذا قدم أسباباً معقولة لعدم استغلاله للاختراع خلال المدة السابقة[٣]. وذهب القانون الإماراتي إلى اعتبار رفض المخترع التعاقد بشروط عادلة سبباً لمنح الترخيص الإجباري شريطة أن يؤدي الرفض إلى إضرار بتنمية الأنشطة الصناعية أو التجارية في دولة الإمارات[٤]. ويفسر موقف المشرع الإماراتي أنه إذا قبل المخترع استغلال اختراعه خارج دولة الإمارات لايكفي لرفض الترخيص الإجباري ولايعد عذراً مقبولاً، أما إذا دفع بأن اختراعه موجود في دولة الإمارات لايعد عذراً مقبولاً أيضاً لأن الاستيراد في نظر المشرع الإماراتي لايعد استغلالاً للاختراع في دولة الإمارات[٥].

٣- رفض المخترع أو خلفه التعاقد مع طالب الترخيص؛ يجب على طالب الترخيص أن يثبت لدى المحكمة أنه قدم إخطاراً إلى المخترع أو خلفه بخطاب مسجل[٦]. أما إذا وافق المخترع على استغلال اختراع من الغير لكنه طلب ضمانات لايعد ذلك

---

(١) راجع: Foyer et Vivant, op. cit p.383.
(٢) راجع في ذلك: TGi Paris, 21 juin 1975, p,BD, 1975,3.184.
(٣) راجع المادة (٢٢/ب) من القانون الأردني.
(٤) راجع المادة (٢٤/١-٢).
(٥) راجع المادة (٢٤/٢) من القانون المذكور.
(٦) راجع المادة (٢٤/أ-ب) من القانون الإماراتي والمادة (٢٣/ب) من القانون الأردني.

رفضاً[١]. ولكن إذا وضع شروطاً غير معقولة، حسب تعبير المشرع الأردني[٢]، يعد ذلك رفضاً، كأن يطلب مبالغاً باهظة أو يضع شروطاً تعيق تنفيذ استغلال الاختراع داخل الدولة مانحة الترخيص.

ويتعين على طالب الترخيص أن يكون جاداً في طلبه وأن يثبت أن السوق في حاجة إلى الاختراع وأن يقدم الضمانات لاستغلال الاختراع استغلالاً صحيحاً وكافياً بما يسد النقص الحاصل في السوق[٣]. وللمحكمة أن تلجأ إلى الخبراء للتثبت من جدية وكفاءة طالب الترخيص[٤].

وإذا وجدت المحكمة أن هذه الشروط قائمة عليها أن تنظر في الطلب، ولها أن تمنح مهلة لأطراف العلاقة في الاتفاق رضائياً على استغلال الاختراع، فإذا انقضت المهلة أو وجدت المحكمة أن المهلة لا طائل تحتها فعليها أن تقرر منح التراخيص لاستغلال الاختراع للمدعي وتحدد مدته وتقرر تعويضاً عادلاً للمخترع، ويؤشر القرار في سجل الاختراعات على أن ينشر في الجريدة الرسمية. ويقدر التعويض العادل حسب سعر السوق في الدولة مانحة الترخيص، ولايقيم على أساس قيمة الاختراع عالمياً لأن ذلك قد يكلف مبالغاً باهظة لاقبل للاقتصاد الوطني، فكيف يكون ذلك لطالب الترخيص إذن!

١٣- وإذا منح حق الاستغلال للمرخص له فإن حقه مقيد من حيث مدته ومن حيث عدم جواز التنازل به للغير[٥] وإلا عُـــــدَّ التصرف باطلاً في القانون

---

(١) TGi, Toulouse, 13 septembre, 1976, cité par Chavanne et Burst, n°.374 .p. 229.

(٢) راجع المادة (٢٣/ب) من القانون الأردني.

(٣) راجع المادة (٢٤/١-د) من القانون الإماراتي.

(٤) راجع TGi, Toulouse, 15 oct 1979, scp. 1980, 11, 13297.

(٥) راجـــع المادة (٢٤/١-ز) من القانون الإماراتي والمادة (٢٣/هـــ) من القانون الأردني والمادة (613-13) من القانون الفرنسي.

الفرنسي[1]، في حين لم يتطرق القانون الأردني والقانون الإماراتي إلى جزاء تصرف المرخص له للغير. وأعتقد أن الحكم هو البطلان لأنه مخالف لنص أمر، ولا يمكن اعتباره تصرفاً في ملك الغير لأن الترخيص جاء بموجب قرار من المحكمة المختصة أو من الوزير في القانون الأردني. إضافة إلى ذلك لايجوز للمرخص له أن يحتكر الاستغلال لوحده، فإذا رأى المخترع أن يستغل اختراعه يجوز له ذلك. ويجوز للمحكمة أن تمنح ترخيصاً لشخص آخر غير المرخص له، خاصة إذا وجدت أن الترخيص الأول يسبب احتكاراً يحول دون المنافسة المشروعة للغير. وكل ذلك لايمنع من منح ترخيص إداري غير تجاري.

الفرع الثاني
الترخيص الإداري

١٤- الترخيص الإداري هو قرار يصدر من جهة إدارية مختصة تبيح فيه استغلال الاختراع لأغراض غير تجارية بل لأغراض المصلحة الوطنية المباشرة[2]، حددتها المادة (٢٩) من القانون الإماراتي والمصلحة العامة؛ مثل حماية الدفاع الوطني أو حماية الاقتصاد، في حين حصرتها المادة (L-613-18) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي بالمصلحة الاقتصادية أو الصحة العامة أو مصلحة الدفاع الوطني. وكانت المادة (٢٢/أ) من القانون الأردني أكثر وضوحاً، إذ نصت "أ- إذا كان استخدام الجهات الحكومية ذات العلاقة أو الغير ممن ترخص له هذه الجهات باستخدام البراءة هو ضرورة للأمن القومي أو لحالات طارئة أو لأغراض منفعة عامة غير تجارية...".

---

(١) راجع المادة (L-613-11) من قانون الملكية الفرنسي.

(٢) راجع في تعريف الترخيص الإداري وحالاته Foyer et Vivant, op-cit, p-389,M.Sabatier, l'exploitation des brevets d'invention et l'intérét général d'ordre économique, Litec, 1976. P.40 et p.215.

فقد تجد الإدارة أن المصلحة الاقتصادية تتطلب استغلال الاختراع أو تجد أن الاستغلال غير كاف من حيث الكمية والنوعية فتدخل لمنح ترخيص ضماناً للمصلحة الوطنية الاقتصادية. ويصدر قرار الترخيص في القانون الفرنسي بقرار من مجلس الدولة بعد موافقة وزير الصناعة والتجارة(1). وعند صدور القرار يجوز لكل شخص أن يستغل الاختراع بشرط أن لايمارس عليه حق احتكار. والحقيقة أن هذا الاتجاه وسع من حالات استغلال الاختراع، فهل يجوز استغلاله لأغراض تجارية؟ وإذا كان الغرض تجارياً لماذا لايمنح الاستغلال ترخيصاً قضائياً؟ نجد القانون الاتحادي الإماراتي يخول وزير المالية والصناعة منح الترخيص الإداري ويكون قراره قابلاً للطعن أمام المحكمة الابتدائية خلال ستين يوماً من صدوره، على أن يُقدر مقابل ذلك تعويضاً عادلاً للمخترع أو خلفه(2). وأجاز المشرع الفرنسي نزع الملكية أيضاً إذ سمح لوزير الدفاع تقديم طلب إلى وزير الصناعة والتجارة لمنحه ترخيصاً لقاء مقابل تقرره المحكمة الابتدائية(3)، ويكون الاستغلال من وزارة الدفاع تحديداً ولمصلحتها حصراً. وإذا كانت هنا ضرورة ملحة لنزع الملكية يتولى مجلس الوزراء الموافقة على ذلك. وهذا ما أشارت إليه المادة (L-613-22) عندما منحت الحق للدولة في نزع ملكية الاختراع.

ويختص وزير التجارة والصناعة الأردني منح الترخيص الإجباري الإداري وقراره قابل للطعن أمام محكمة العدل العليا خلال ستين يوماً من تبليغ ذوي العلاقة بالقرار، على أن يقرر الوزير تعويضاً عادلاً للمخترع أو خلفه(4). ولم يتطرق المشرع الأردني إلى موضوع نزع الملكية بل اكتفى بمنح الترخيص الإجباري

(١) راجع المادة (٦١٣-١٨) من القانون الفرنسي وراجع: Foyer et Vivant, op cit p-391.
(٢) راجع المادة (٢٤ و٢٩) من القانون الإماراتي.
(٣) راجع المادة (L-613-19) من القانون الفرنسي. وراجع عن أسباب الترخيص الإداري، M.Sabatier, op.cit, p.216 et ss.
(٤) المادة (٢٢-٢٣) من القانون الأردني.

للاستغلال. غير أنه وَحَدَ سلطة منح الترخيص الإجباري كلها ووضعها في يد وزير التجارة والصناعة، ولم يمنح القضاء سلطة في ذلك إلا إذا تم الطعن بقرار الوزير أمامه باعتباره قراراً إدارياً.

١٥- ونعتقد أن أهم ترخيص هو تدخل الإدارة لمنحه هو استغلال الأدوية المخترعة والذي خصه المشرع الفرنسي بنص مستقل في المادة (16-613)، فأي اختراع يتعلق بإنتاج دواء أو وسيلة صناعية للأدوية وكان غير مستقل في فرنسا أو أنه مسوق بكمية غير كافية أو مصنع بنوعية غير مناسبة أو كان سعره في السوق مرتفعاً لايتناسب ودخل الفرد، يجوز لوزير الصناعة بناء على طلب من وزير الصحة أن يمنح ترخيصاً إدارياً لجهة معينة خاصة أو عامة لإنتاج الدواء على أن يحدد مدة الترخيص وكمية الدواء الذي يجب إنتاجه ومكان الإنتاج والتسويق. ولكن المشرع الفرنسي رفع يد الوزير من تقدير التعويض وتركه لاتفاق أطراف العلاقة؛ مالك الاختراع، والمرخص له بالاستغلال، فإذا لم يتم الاتفاق تختص المحكمة الابتدائية لتحديده، وفي غير ذلك يكون قرار الوزير قطعياً، ويسري هذا الإجراء على الأدوية البيطرية أيضاً(١).

ولم يتطرق القانون الإماراتي إلى هذا الترخيص تحديداً بل تركه إلى قواعد الترخيص العامة. ونرى من الضروري أن يفرد نصاً خاصاً لأهميته للمجتمع وتعلقه بالصحة العامة، خاصة وأن بعض الأدوية المستوردة تتميز بأسعار فاحشة لايقوى الفرد على شرائها. وقد ذهب المشرع الأردني إلى أكثر من ذلك إذ منع بصورة غير مباشرة الترخيص الدوائي والمنتجات الكيماوية والأغذية عندما نص في المادة (٣٦)

(١) راجع المادة (L.613-17) وراجع في تفاصيل ذلك:
Chavanne et Burst, op. cit, n° 380 p. 232 ets. Foyer et Vivant, op-cit, p-392; M.Sabatier, op.cit, p.216 et ss.

على منح المخترع أو خلفه المسجل اختراعه في المملكة أو في دولة عضو في منطقة التجارة العالمية حقاً حصرياً في تسويق منتجاته هذه في المملكة لمدة خمس سنوات. ومعنى ذلك أنه لايجوز منح أي ترخيص إداري إلى الغير قبل مرور خمس سنوات من تاريخ منح حق احتكار التسويق للمخترع أو خلفه. وهذا أمر حرج للغاية لأن بعد مرور المدة هذه لم يبق للدواء أهمية كبيرة، وتظهر المنافسة فيه فتصبح أسعاره غير منافسة.

١٦- وفي كل الأحوال يمكن تجاوز كل هذه القيود على حرية التعاقد، إذ قرر المخترع أو خلفه التنازل عن اختراعه للغير أو أنه أعطى الحق للغير في استغلاله بشروط غير تعسفية تمنع تدخل القضاء والإدارة في منح الترخيص الإجباري.

المبحث الثاني
التصرف الناقل لملكية الاختراع
(التنازل CESSION)

١٧- يطلق على التصرف الناقل لملكية الاختراع بالتنازل (CESSION) ويتم بموجب نقل ملكية الاختراع الثابت فيه البراءة إلى الغير. ومن خصوصيته أن التنازل لايشمل الحق المعنوي الذي يمثل أبوة الاختراع أي نسبة الاختراع إلى مبدعه لأنه حق لصيق بشخص المخترع[١] .

ويكيف الفقه التصرف الناقل لحق ملكية الاختراع بأنه عقد بيع إذا كان بمقابل وهبة إذا كان بدون مقابل[٢]، إلا أن له بعض الخصوصيات التي يتميز بها عن عقد البيع أو الهبة في القواعد العامة سواء من حيث الانعقاد أو من حيث نفاذه، لهذا تدخل المشرع في قانون حماية الاختراع ونظم أحكامه بالقدر الذي ينسجم مع طبيعة الاختراع والحقوق الناشئة عنه. وعليه سوف ينصب بحثنا هنا في جله على هذه الخصوصية مع عدم تكرار القواعد العامة قدر الإمكان، و لم نتطرق إلى عقد الهبة لأن مجاله ضيق للغاية و لم تتطرق إليه القوانين المقارنة الخاصة بالاختراع، وفي ضوء ذلك نقسم البحث إلى مطلبين، نخصص الأول لدراسة شروط الانعقاد، ونفرد الثاني لدراسة أثار التصرف الناقل للملكية.

---

(١) راجع في ذلك:
CA Paris,11mai 1987, D.1988, somm, com-347, Cass- com, 18 juin 1996, RJDA, 1996,1087 cité par Chavanne et Burst, op. cit, n°284, p. 187, TGI, Paris, 25 avril 1984, P1BD, 111, 241.

(٢) راجع في تكييف عقد التنازل(CESSION)
Chavanne et Burst, op, cit, n° 271,p.181, CA Paris, 12 juillet 1971, P1, BD, 1979.3. 28, CA Toulouse, 17 juin 1976, Ann. 1976, 219, cité par Chavanne et Burst, op-cit, n° 271, p.181.

المطلب الأول
شروط انعقاد التصرف

١٨- لكي ينشأ التصرف صحيحاً يجب أن يكون الاختراع ممنوح البراءة، فإذا لم يكن كذلك تم العقد باطلاً، وإذا تم منح البراءة للاختراع وسقطت يتم العقد باطلاً أيضاً حتى لو لم يتم عند قيام البراءة، لأن البطلان يجعل من الاختراع كأن لم يكن وكأنه لم يولد البتة. فهل يصح الاتفاق إذا لم يتم اختراع البراءة بعد؟ يذهب الفقه الفرنسي إلى صحة العقد إذا تم منحه البراءة لاحقاً وثبتت الملكية للمتنازل أما إذا لم يمنح الاختراع البراءة يعد العقد باطلاً[١]، غير أن هذا الرأي محل نظر لأن منح البراءة مسألة احتمالية فالاتفاق يرد على محل غير محقق الوقوع في المستقبل، وإذا كان القانون المدني أجاز التصرف في الأموال المستقبلية لكنه اشترط تحقق وجودها في المستقبل وإلا كان المحل مجهولاً الوجود أي فيه غرر ولايستطيع المالك تسليمه مستقبلاً. وفي هذا السياق نصت المادة (١/٢٠٢) من قانون المعاملات الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ أنه" يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر"[٢]، وعليه لكي ينعقد عقد التنازل صحيحاً يجب أن يكون الاختراع ممنوح البراءة عند التعاقد، وإلا عُدَّ ذلك اتفاقاً على معرفة فنية، وهذا ما يؤكده

---

(١) راجع: Chavanne et Burst, op-cit,no 276 p.182 وراجع قرار محكمة استئناف باريس الذي أشار إليه الكتاب أعلاه. CA Paris, 30 Juin.1991.

(٢) راجع مايقابل هذه المادة، المادة (١/١٦٠) من القانون المدني الأردني رقم (٤٢) سنة ١٩٧٦ والمادة (١١٣٠) من القانون المدني الفرنسي، وراجع في تفصيل ذلك في القواعد العامة باللغة الفرنسية:
J. Ghestin , Traité des contrats LGDJ. 1990, nº 333 p. 375.
وراجع في اللغة العربية، جاسم علي سالم الشامسي، عقد البيع في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة ١٩٨٨، (٤٢)، ف ٩٥ ص ١٣٢ ومابعدها، وراجع في القانون الأردني، عدنان سرحان ونوري خاطر، مصادر الحقوق الشخصية والالتزامات، دار النشر للثقافة والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ف ٢٠١، ص ١٦٩.

الفقه الفرنسي ذاته إذ يذهب إلى أنه إذ لم يمنح الاختراع البراءة فإن العقد يبطل باعتباره عقداً ناقلاً لملكية الاختراع ويتحول إلى عقد ناقل للمعرفة الفنية[١].

وإذا كان الاتفاق يرد على اختراعات عدة ويطلب براءة أحدهما فتسري هنا قواعد انتقاص العقد فيصح في الاختراعات الممنوح البراءة ويبطل في الجزء الذي يطلب براءته إلا إذا كان الجزء الباطل هو الدافع إلى التعاقد[٢]. أما إذا كان الاختراع مشتركاً بين مخترعين عدة فيجب أخذ موافقتهم جميعاً لكي ينعقد العقد نافذاً في القانون الأردني والإماراتي وصحيحاً غير قابل للإبطال في القانون الفرنسي، أما إذا لم تتم الموافقة من أحدهما فيقع العقد موقوفاً في القانون الإماراتي والأردني وقابلاً للإبطال في القانون المدني الفرنسي[٣].

ومن الشروط الموضوعية الأخرى يجب تحديد الثمن تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة، أما يحدد جزافاً أو نسبياً حسب الأرباح على أن تحدد النسبة عند التعاقد. وقد يترك تحديد الثمن إلى شخص ثالث أو على سعر السوق، لكن الطريق الأخير محل نظر لأن سعر السوق غير ثابت عموماً وأن الاختراع جديد فكيف يعرف سعره في السوق خصوصاً، وعليه ترك تحديد المقابل إلى سعر السوق فيه مجهولية

---

(١) راجع المرجع أعلاه.

(٢) راجـــع المـــادة (٢١١) من قانون المعاملات الإماراتي، و راجع المادة (١٧١) من القانون المدني الأردني والمـــادة (٢١٣) مـــن القانون الإماراتي، وراجع في بيع ملك الغير ، جاسم الشامسي، عقد البيع المرجع السابق، ف ٢٠٠، ص ٢٨٠ وما بعدها.

(٣) راجـــع المـــادة (٤٧٨) من القانون المدني الأردني والمادة (٥٠٤) من القانون الإماراتي، و لم ينص المشرع الفرنسي على سعر السوق ولكن أباح تحديده من شخص ثالث، راجع المادة (١٥٩٢) وراجع في مسألة تحديد الثمن: J.Chestin, et M. Billiau, le prix dans le contrat de longue durée, LGDJ, 1990, nº 15 p11 pt ss. وراجـــع نـــوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عما ٢٠٠١، ف ٤٧، ص٥٢ ومابعدها.

يؤدي إلى بطلان عقد التنازل، وكذلك إذا حدد الثمن على أساس مدى نجاح الاختراع تجارياً بعد استغلاله وتسويقه فيه مجهولية في الثمن أيضاً(١).

أما إذا لم يحدد الثمن مطلقاً فيذهب الفقيه (Mousseron) على تكييف العقد بأنه هبة(٢). وأعتقد بعدم جواز تكييف العقد بأنه هبة، بل لابد من إقرار البطلان لأن أغلب التصرفات الواردة على الاختراع هي ذو طبيعة تجارية التي لايفترض فيها التبرع(٣).

١٩- ويضيف الفقه الفرنسي شروطاً أخرى لانعقاد عقد التنازل وهي تحديد المدة وتعين محل الملكية، إذ يجوز في نظر الفقه تحديد مدة ملكية الاختراع ومكان معين لها(٤). كأن يتملكها المتنازل له في بلد معين دون غيره أو في منطقة معينة. ولا نعتقد صحة هذا الاتفاق إذا أريد منه تجزئة حق الملكية فلا يجوز أن يتملك شخصاً شيئياً معيناً في مكان معين ولايعترف له بملكيته في مكان آخر، إلا أنه يفسر هذا الشرط على أنه منع من التصرف في الملكية في دولة محددة أو مكان معين، وهذا يجوز وفق القواعد العامة بشرط تحديد مدة معينة لهذا المنع(٥) وأن تكون المصلحة مشروعة، أو يقصد من تحديد الملكية في مكان معين هو رغبة المتنازل أن يجعل من المتنازل له شريكاً له في الاختراع وهذا أمر جائز أيضاً، وإذا استحال تفسير الاحتمالين السابقين فلا مجال أمام القضاء إلا تفسير أن طبيعة التصرف هو التنازل عن حق استغلال فقط وليس حق ملكية.

---

(١) TGi, Paris 22 juin 1972, dossiers brevets, 1979, 111,5 cité par Chavanne et Burst, n°272, p.183.

(٢) راجع :
J.M. Mousseron, Encycloipdié, Dalloz, Dr. com. 2éd. Brevet d'inevtion, n°415.

(٣) راجع في هذا الرأي: Chavanne et Burst, op, cit, n°277, p. 183.

(٤) Roubier, proprieté industrielle t,2 n° 252 Chavanne et Burst, op, cit, n°272, 181.

(٥) راجع في قواعد المنع من التصرف المادة (١١٤٥) من القانون الإماراتي والمادة (١٠٢٨) من القانون المدني الأردني..

أما تحديد مدة معينة للملكية فهذا أمر غير ممكن إلا إذا أريد منه الرهن[1] لأنه يعد بحكم بيع الوفاء وهذا غير جائز، أو كان المقصود من العقد هو عقد التنازل عن استغلال الاختراع فحسب لهذا يجوز تحديد مدة معينة، أما إذا كان المقصود من المدة نهاية مدة الحماية المحددة بالقانون وهي عشرون سنة في القانون الأردني[2] والفرنسي والإماراتي[3]، فهنا ملكية الاختراع تسقط بحكم القانون ويصبح الاختراع مشاعاً للناس كافة.

خلاصة القول أن عقد التنازل إذا جاء صحيحاً في شروط انعقاده فإنه إثارة تسري بحق المتعاقدين.

المطلب الثاني
آثار العقد

٢٠- إذا تم العقد كان لازماً لايجوز الرجوع عنه، فتنتقل ملكية الاختراع إلى المتنازل بحكم العقد، وتبقى حقوق العقد (الالتزامات) في ذمة الطرفين على كل طرف تنفيذ التزامه[4].

---

(١) لم يستطرق قانون المعاملات المدنية الإماراتي ولا القانون المدني الأردني إلى بيع الوفاء ولكن مجلة الأحكام العدلية جعلته رهناً وتعد المجلة مصدراً للتشريعين.

(٢) راجع المادة (١٧) من قانون براءات الاختراع الأردني والمادة (201-611) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(٣) راجع المادة (١٤) من القانون الاتحادي الإماراتي.

(٤) تنص المادة (٢٤٣) من قانون المعاملات الإماراتي بأنه "١- يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك ٢- أما حقوق العقد (التزاماته) فيجب على كل المتعاقدين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما"، راجع مقابل هذه المادة، المادة (١٩٩) من القانون المدني الأردني. ولايستخدم المشرع الفرنسي هذا المصطلح ولكن المبدأ العام أن الملكية تنتقل بحكم العقد راجع المادة (١١٣٨) من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الأول
طبيعة الحق المتنازل عنه

٢١- ينشأ للمتنازل حق ملكية على الاختراع، ينتقل إليه بحكم العقد ويؤشر ذلك في دائرة تسجيل الاختراعات لكي ينفذ العقد بحق الغير، وبذلك يحق للمتنازل أن يمارس سلطات المالك في حق الملكية بالتصرف فيه واستعماله واستغلاله، لكن هناك تساؤلات بشأن سلطان المالك الجديد ونطاق ملكيته، فهل تنتقل إليه التحسينات اللاحقة على الاختراع التي يجريها المخترع بعد منحه البراءة على الاختراع الأصلي، وهل يستطيع المخترع المتنازل أن يحتفظ بحق إقامة دعوى التقليد لحماية الاختراع ضد أي اعتداء؟

تُعد التحسينات من ملحقات الاختراع لأنها تقوم وجوداً وعدماً مع الاختراع الأصلي إذ تأخذ مدة حمايته وتمنح البراءة باعتبار أن التحسينات جاءت متممة للاختراع السابق، ولا يمكن الاستفادة منها بشكل مستقل لو أن المخترع طلب تسجيلها باعتبارها تابعة له[1]. لهذا فهي من توابع الشيء وكأنها لم تتسلم عند التعاقد لوجود عذر قانوني هو عدم منحها البراءة وحال منحها تصبح جزءاً لا يتجزأ من الاختراع، ويصبح المتنازل له صاحب الحق عليها لأنه مالك للاختراع الأصلي. ولا نعتقد جدوى فصلها من الاختراع لأن المخترع البائع لايستطيع الاستفادة منها أصلاً دون حيازته الاختراع الأصلي، وإذا تمكن من استغلالها فسوف ينافس دون شك المالك للاختراع الأصلي.

---

(١) راجع خلاف ذلك :
CA Bordeaux, 3 juillet 1975, P1BD, 1975, 111,391.

أما بشأن احتفاظ البائع (المخترع أو خلفه) بحق إقامة دعوى التقليد ضد الغير، فهذه مسالة تحتاج إلى تأني لأن الحق في المطالبة بحماية الملكية هي أثر في الحق ذاته لا أثر في الإرادة، فهو ينتقل مع انتقال حق الملكية في أي يد تكون. قد يبرر بعض الفقهاء أن المصدر الحقيقي لدعوى التقليد هو الحق المعنوي للمخترع فله بموجبه أن يتولى حماية حقه المعنوي ضد أي اعتداء يسبب تشوهاً للاختراع أو استغلاله بطريق غير مشروع، ومادام القانون لا يحرم ذلك فمن حق المخترع الاحتفاظ بحق إقامة بدعوى التقليد[1]. وهذا تبرير غير مقنع لأن الأضرار تقع مباشرة على حق الملكية وما يلحق بالمخترع فهو ضرر غير مباشر، وإضافة إلى أنه قد يكون المتنازل غير مالك أصلاً. ونعتقد أن حتى الاعتداءات السابقة على انتقال حق الملكية ولم يمارسها السلف تنتقل إلى المالك الجديد لأنه الخلف والحق في إقامة الدعوى من مستلزمات الشيء[2]، إضافة إلى أنه صاحب مصلحة وكل دعوى يشترط في قيامها وجود مصلحة. ولانرى موجباً لموقف القضاء الفرنسي في رفض إعطاء الحق للمالك الجديد ملاحقة الاعتداءات السابقة على انتقال الملكية[3]، لأن قواعد الاستخلاف لاتمنع ذلك ومادام المالك السابق لم يمارس حقه في إقامة الدعوى ولا زال الاختراع يتمتع بالحماية. أما أنه إذا أردنا أن نسمح للمخترع متابعة الاعتداء يمكن منحه توكيلاً بذلك. وكل ذلك لايبرأ المخترع أو خلفه عن بعض الالتزامات التي يجب أن يوفي بها بعد إبرام العقد.

---

(١) راجع Chavanne et Burst, n°279 p.186 وراجع قرار قضائي: TGi Paris, 7 fev. 1970, JCP. 1973, 11, 17, 298.

(٢) راجع المادة (٢٥١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي بشأن الاستخلاف.

(٣) Cass. Crim. 26 avril 1934, ann. 1934- 202, CA Paris 1 Janv. 1966. ann, 1966, 121, cité par Chavanne et Burst, op. cit, n°281p. 187.

الفرع الثاني
الالتزامات الناشئة عن عقد التنازل

٢٢- توجد التزامات بذمة المتنازل (البائع) وهي التزامات مهمة تحتاج إلى التوقف عندها، والتزامات بذمة المتنازل له (المشتري) لاتختلف كثيراً عن القواعد العامة.

أولاً : التزامات المتنازل (البائع)

٢٣- يلتزم كل بائع بتسليم المبيع وضمان العيوب الخفيفة وضمان التعرض والاستحقاق، وهي التزامات نص عليها القانون المدني صراحة في عقد البيع إلا أن هناك بعض الأحكام التفصيلية المتعلقة بالاختراح تستدعي الحديث عنها، لهذا سوف نتناول كل التزام بفقرة مستقلة.

١- الالتزام بالتسليم

٢٤- يلتزم المتنازل عن ملكية الاختراع بتسليم موضوع الاختراع طبقاً للمواصفات المتفق عليها بين الطرفين فأي خلل في ذلك يضع البائع تحت مساءلة المشتري، وذلك بالرجوع عليه بالتعويض أو الفسخ، وهذه قواعد عامة مبينة تفصيلاً في قواعد عقد البيع في القانون المدني، ولكن هل يلتزم المخترع أو خلفه بتسليم المعرفة الفنية (Know- How, Savoir- Faire) ؟

أ- تعريف المعرفة الفنية[١]

٢٥- وردت تعريفات عدة للمعرفة الفنية منها ما ورد في القانون الاتحادي رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٢ الخاص بالاختراعات والرسوم والنماذج الصناعية، إذ نصت المادة الأولى أن المعرفة الفنية (الدراية العلمية) هي " المعلومات أو البيانات أو المعارف الناجمة عن الخبرة المكتسبة من المهنة ذات الطبيعة التقنية والقابلة للتطبيق عملياً". ويعني ذلك أن المعرفة الفنية لاتختلف عن الاختراع سوى أنها لم تحصل على البراءة. ويعرفها الفقيه Mousseron أنها " كل معرفة تقنية قابلة للتداول لم يطلع عليها الجمهور ولا تشكل اختراعاً[٢]". ويجد الفقيه ذاته أن للمعرفة الفنية أهمية تفوق أهمية الاختراع لما تقدمه من فائدة علمية تطبيقية تساعد على بناء صناعي متقدم[٣].

أما بشأن المساعدة الفنية assistance- technique فهي عنصر من عناصر المعرفة الفنية أو تساعد على صيانة وتشغيل المعدات والآلات للمصانع، وتأهيل وتدريب كادر المهنيين القائم عليها، ولا يمكن فصلها بسهولة من المعرفة الفنية

---

(١) راجـــع في تفاصـــيل المعرفة الفنية، جلال وفاء محمدين ، فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، دراسة في القانون الأمريكي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٥، وراجع أيضاً حسام الدين الصـــغير، حمايـــة المعلومات غير الموضح عنها في اتفاقية تربيس، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لطـــلاب الحقوق في الجامعة الأردنية تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع الجامعة الأردنية، عمان ٢٠-٢١/٥/٢٠٠٢، ص٣.

(٢) J.M. Mousseron, traité des brevets, op-cit, n°13 p.18 وهـــناك تعاريف أخرى راجع فيها J.M. Deleuze, le contrat de transfert du processus technelogique. éd. Masson, Paris 1982, p. 19, Fabre, le Know-how sa reservation en droit Commun, Litec, Paris, 1976, n°9 p.14. وراجـــع في اللغـــة العربـــية، جـــلال أحمد خليل، المرجع السابق ص٥١٨ ومابعدهـــا، ونعـــيم مغبغب، المرجع السابق ص١٨٤-١٨٥ وجلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية، المرجع السابق، ص١٠ ومابعدها.

(٣) J.M. Mousseron, aspets jurisiques du Know-how, cahier du droit de l'entreprise, 1972.

فكيف يمكن تقديم الجهد السابق ما لم تتم الإحاطة بالاختراع وبناءه وطريقة تشغيله أو تصنيعه.

لهذا نجد أن المعرفة الفنية هي مجموعة الوسائل والطرق والمهارة والخبرة الفنية الناتجة عن معرفة علمية تقنية يمكن من خلالها الوصول إلى نتيجة صناعية معينة[١]. أما إذا كانت لاتحقق نتيجة صناعية معينة فإنها لاتعد معرفة فنية بل مجرد معلومات علمية مجردة من حق الجمهور الاطلاع عليها بحرية، ولاتخضع للسرية الصناعية لأنها لاتعد لها قيمة مالية التي لا تتحقق إلا من خلال عنصرين الأول هو التطبيق الصناعي والثاني هو السرية[٢]، فإذا انهار أحد هما فقدت قيمتها المالية[٣].

٢٦- ويتم حماية المعرفة الفنية من خلال قواعد العقد إذا كانت محل تصرفات قانونية أو من خلال قواعد الفعل الضار إذا تم الاعتداء عليها وذلك باستعمالها أو إنشائها دون موافقة مالكها[٤].

والحقيقة أن الاعتراف بحق احتكار المعرفة الفنية يؤثر سلباً في التطور العلمي التقني الذي هو من حق الإنسانية جمعاء، بدونه لا يمكن التوصل إلى اختراعات جديدة، لهذا لانرى ضرورة تقنينها في نصوص قانونية وترك حرية تداولها إلى الاتفاقات التعاقدية إذا كانت من ملحقات الاختراع أو أي إبتكار آخر مثل برنامج الحاسوب وتصاميم الخطوط الطوبغرافية للدوائر المتكاملة.

---

(١) راجع في هذا الاتجاه، جلال أحمد خليل، المرجع السابق، ص٥١٩.

(٢) راجع المواد (٣٩-٤٢) من القانون الإماراتي الذي اعترف بقيمتها المالية ونص على حمايتها.

(٣) راجع عن طبيعة حق المعرفة الفنية، جلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية، المرجع السابق، ص٦٨ ومابعدها.

(٤) راجع في ذلك المادتين (٤١، ٤٢) من القانون الإماراتي، واللائحة الفرنسية الخاصة بالمعرفة الفنية 556/89 في 30/11/1988 والتعليق عليها J.J.Burst, et R. Kovar, Reglement n°554/89 du 30 novembre 1988, Fascicul, 460,2,1993 وراجع الاتجاه ذاته في القانون الأمريكي، جلال وفاء محمدين، فكرة المعرفة الفنية، المرجع السابق، ص٢٦ ومابعدها وص٤٥ ومابعدها.

ب- علاقة المعرفة الفنية بالاختراع:

٢٧- تعد المعرفة من ملحقات الاختراع إذ يستطيع بها ذو الخبرة من معرفة تركيب الاختراع وخطوات إعداده وطريقة تنفيذه أي تصنيعه وانتاجه وتسويقه وإعداد الكادر القائم على التنفيذ. فبدون المعرفة الفنية يصعب أو حتى يستحيل عليهم التوصل إلى تنفيذ الاختراع وضمان تصنيعه وعمله بشكل سليم(١). فلا بد أن يطلع الكادر على مخططات ورسومات وشروحات العلمية للمخترع. وفي هذا السياق ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المعرفة الفنية تتألف من عناصر تسمح الحصول على نتائج معينة، وهي طبيعة التركيب وطبيعة التصنيع والمواد المختارة في الصناعة والحرارة المناسبة والطريقة الفضلا للتصنيع(٢) .

أمام أهمية المعرفة الفنية في الاختراع يجد المتنازل له مضطراً الحصول عليها ولكن هل يحصل عليها مع الاختراع باعتبارها من ملحقاته أم لابد من اتفاق صريح بشأنها؟

يذهب تجاه في الفقه الفرنسي إلى أن المعرفة الفنية تنتقل مع الاختراع بحكم عقد التنازل دون حاجة إلى الاتفاق عليها صراحة، وذلك استناداً إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود(٣). غير أن القضاء الفرنسي رفض ذلك بحجة أن للمعرفة الفنية قيمة مالية من حق المالك أن يحتكرها مستقلاً عن الاختراع ولايجوز افتراض التنازل

---

(١) راجع نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص١٨٥.

(٢) Cass. Com. 13 juillet 1966, JCP 1967, n°1513 note, P. Darant.

(٣) J.J.Burst, licence de Brevets, effets du contrat de licence, fin du contrat de licence, fascicul 491, 11, 1991, n°9, p.5 ويبدو أن القانون الإنكليزي يميل على هذا الاتجاه، راجع في ذلك Lianel Bently et Brod Sherman, intellectual proprerty exford, first published, 2001, p-331-332.

بشأنها إلا بوجود نص صريح[1]. ويذهب تجاه آخر أن الاختراع هو المعرفة الفنية ممنوح البراءة فلا توجد مشكلة في نقلها لأنها هي موضوع العقد[2]. وهذا غير مقبول أيضاً فالدراية شيء والاختراع ذاته شيء آخر. فأمامك مادة صناعية معدة لغرض معين لابد من معرفة مضمونها وتركيبها والغرض من اختراعها وكيفية تنفيذها.

٢٨- نحن نعتقد أن المعرفة الفنية من الملحقات الضرورية للاختراع وهذا متفقه عليه، لهذا هي تنتقل بحكم العقد مع الاختراع، وهذا ما أكده الفقيهان Chavanne et Burst وهذا التخريج القانوني له أساس في القواعد العامة، إذ اعترف القانون المدني بملحقات المبيع التي تنتقل تلقائياً مع المبيع إلا إذا نص الاتفاق على خلاف ذلك، فقد جاء في المادة (٥١٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ أنه"يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد"[3]. وتجد هذه المادة أساسها في النظرية العامة للعقد إذ نصت المادة (٢٤٣) من القانون ذاته بأنه" يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف"[4].

---

(١) Cass. Com. 12 fev. 1969, cité par Chavanne et Burst, no 9 p.5; وراجع أيضاً CA Paris, 12 mai 1970, P1BD, 1970 111,227, TGi, Paris 27 nov. 1988, somm. 354, obs.Mousseron et Schmidt.

(٢) راجع في هذا الرأي نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص١٨٥.

(٣) راجع ما يقابل هذه المادة (٤٩٠) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والمادة (١٦١٥) من القانون المدني الفرنسي.

(٤) راجع المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني والمادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي.

ونعتقد أن المعرفة الفنية من المستلزمات الضرورية للاختراع فلا جدال بذلك لهذا فإن فكرة ملحقات المبيع هي الأفضل في إلزام المتنازل له على نقل المعرفة الفنية[1]، وإذا كانت تشكل سراً صناعياً فلا شك أن على المتنازل له أن يلتزم بعدم إفشائها للغير وإلا عد مخلاً بالتزامه العقدي.

إذا ورد بند في العقد يعفي المتنازل من نقل المعرفة الفنية، آلا يحتاج المتنازل له مساعدة فنية تنطوي على تحديد الخصائص الفنية للمعدات ومتطلبات تركيبها؟ نرى أن على المتنازل التزام بتقديم المعلومات التي من دونها لايستطيع المتنازل له تحقيق الغاية التي من أجلها أبرم عقد التنازل والتي تنصب على العناصر الوظيفية للاختراع فقط[2] .

ولكن إذا التزم المتنازل بتسليم الاختراع مع ملحقاته، لاتبرأ ذمته إذ عليه التزامات أخرى يجب أن يوفيها.

١- الالتزام بالضمان:

٢٩- يلتزم البائع طبقاً لقواعد عقد البيع بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق، وفي هذين الالتزامين بعض الخصوصية في عقد التنازل عن الاختراع، نتناولها في الآتي:

---

(١) Chavanne et Burst, n°288 p. 185, ونعيم مغبغب، المرجع السابق، ص١٨٥، وراجع في القواعد العامة في شرح ملحقات المبيع، جاسم الشامسي، عقد البيع المرجع السابق، ف ٣٢٠، ص ٤٢٤-٤٢٥.

(٢) راجع J.J Burst, l'assistance technique dans les cantrats de transfert technologique, D.S. 1977, Chr.1. وراجع نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة للقانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠١، ف١٢٥ ص١٣٥ ومابعدها.

أ- الالتزام بضمان العيوب الخفية:

٣٠- العيب الخفي هو العيب في المبيع الذي لايمكن للمشتري أن يتبينه عند التسليم ببذل جهد معقول و يجب أن يكون مؤثراً في المبيع بحيث ينتقص من قيمته في قانون المعاملات المدنية الإماراتي[١]والقانون المدني الأردني[٢]، ويضيف القانون المدني الفرنسي وصفاً آخر للعيب هو أن يعيق المبيع في تأدية وظائفه[٣].

ونجد صعوبة في تطبيق نظرية العيب الخفي في الاختراع في القانون المدني الأردني والإماراتي لأن القانونين لايعترفان بالعيب الخفي الوظيفي، وأبرز عيوب الاختراع الخفية إن وجدت هي في وظيفته. ونعتقد بالإمكان معالجة ذلك من خلال الرجوع إلى قواعد عيوب الإرادة، فإذا كان الاختراع لايؤدي الوظيفة التي أرادها المشتري (المتنازل له) وكان نتيجة لتوهم ما كان يبرم العقد لو كان يعرف حقيقة الأمر فيستطيع المشتري أن يطالب بفسخ العقد أو يطالب بتصحيح الغلط أي يرفع العيب في الوظيفة. أما إذا كان الغلط حاصلاً نتيجة لتغرير البائع فمن حق المشتري

---

(١) راجـــع المـــادة (٢٣٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وراجع في شرح العيب الخفي في القانون المذكور، جاسم الشامسي، عقد البيع، المرجع السابق ف٤٢٨، ص٥٣٨ ومابعدها.

(٢) راجع المادة (١٩٢) وراجع في شرح العيب الخفي في القانون المدني الأردني محمد يوسف الزعبي، العقود المســماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، ١٩٩٣، ص٢٥٠، صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.

(٣) راجع المادة (١٦٤١) وراجع في شرح العيب الخفي في القانون المدني الفرنسي J. Gehstin, traité des contrat, la vente, op-cit, n°724 p.767-748.

أن يطالب بالفسخ إذا لحقه من التغرير غبن فاحش[١].

٣١- والعيوب الخفية في الاختراع متعددة، فهي إما تكون فنية في ذات الاختراع تحول دون تنفيذه أو استغلاله[٢] أو تكمن في صعوبات صناعية وتجارية تحول دون استغلاله بسهولة ويسر، أو أن العيب جعل من تكاليف استغلاله عالية للغاية غير متوقعة أثناء التعاقد أو أن الاختراع لم يحقق النتائج المتوقعة منه عند التعاقد أيضاً.وقد يوجد فيه عيب يؤدي إلى سرعة احتراقه أو يوجد خلل جوهري في فكرة الاختراع ذاتها[٣].أما إذا كان العيب في التصنيع فإن المخترع أو خلفه غير مسؤول عنه، ولايسأل المخترع أو خلفه عن عدم تحقيق المتنازل له الأرباح المتوقعة من الاختراع، فهذه العيوب لا صلة لها بالعيوب الخفية في ذات الاختراع أو في وظائفه[٤].

أما إذا تحققت شروط العيب الخفي ليس أمام المتنازل له إلا الفسخ أو قبول المبيع بالمسمى في القانون الإماراتي والأردني[٥]. ويجوز المطالبة بإنقاص الثمن في

---

(١) راجع المادة (١٤٥) من القانون المدني الأردني والمادة (١٨٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. ويذهب الفقه الفرنسي إلى أنه إذا تعذر على المشتري التمسك بالعيب الخفي بسبب مضي المدة فليس له إلا الرجوع إلى قواعد الغلط . راجع في ذلك : Ghestin. Le contrat de vente, op-cit, nº 381 p. 849 ets.

(٢) راجع في ذلك القرارات القضائية الفرنسية الآتية: CA Paris, 18 mai 1989, RDP1, 1989, 26, p.72, cité par Chavanne et Burst, nº 221p.190, CA Aix en provence, 1981, P1BD, 1982, 111, 34, Cass.com. 24 juin 1975, D 1976, 193 .

(٣) راجع في هذه الحالة Cass.civ.11 avril 1956 D. 1957, 79, 1, cité par Chavanne et Burst, nº 291 p.190.

(٤) CA Paris, 29 oct. 1987, Ann,1988, 300, cité par Chavanne et Burst, nº 291 P-191 وراجع باللغة العربية نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص١٩٠-١٩١.

(٥) راجع المادة (٥٤٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة (٥١٣) من القانون المدني الأردني. نذكر أن المشرعين الأردني والإماراتي يجيزان إنقاص الثمن في قواعد خيار العيب، في حين لايقران ذلك في قواعد العيب الخفي في عقد البيع.

القانون المدني الفرنسي[1]. وفي كل هذه القوانين يجوز الرجوع بالتعويض إذا كان هناك ضرر ، فمنع السلطات المختصة من استغلال الاختراع لوجود عيب فيه يحق المطالبة بالفسخ والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمتنازل له[2].

٣٢- ولكن هل من حق المتنازل له (المشتري) الرجوع على المتنازل البائع لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من الاختراع إذا كان البائع غير المخترع وكان حسن النية أي لايعلم بالعيب وحصل الضرر نتيجة لعيب في فكرة الاختراع؟ يتجه القضاء الفرنسي إلى عدم مسائلة البائع في هذه الحالة وليس للمشتري إلا الرجوع على المخترع طبقاً لقواعد المسؤولية غير العقدية. صحيح أن العيب الخفي هو عيب في ذات الشيء ويتحقق في المبيع في أية يد تكون لكن العيب هنا هو عيب في فكرة الاختراع التي لا يمكن أن نحاسب أحداً عليها إلا المخترع نفسه، ولكن يسأل المتنازل مع المخترع في كل الأحوال إذا كان مهنياً، لأنه يفترض فيه العلم بالعيب في فكرة الاختراع[3]. أما إذا كان المتنازل والمتنازل له كلاهما مهنيان، فهنا يصعب البحث عن العيب الخفي أصلاً لأنه يفترض في المتنازل له أن يتبين العيب بسهولة عند التسليم، وعليه حينئذ رد المبيع أو قبوله مع العيب. غير أن القضاء الفرنسي يرى تطبيق قواعد العيب حتى لو كان المشتري على دراية علمية كافية لأن العيب قد لايظهر في الاختراع إلا بعد عمل الاختراع أو تصنيعه[4].

وقد لايسأل المتنازل عن العيب حتى لو كان المشتري (المتنازل له) غير مهني إذا تنازل هذا الأخير عن حقه في الرجوع بالعيب صراحة أو ضمناً، كأن يقوم

---

(١) راجع المادة (١٦٤٤) من القانون المدني الفرنسي.

(٢) CA Paris, 29 oct. 1987, Ann, 1988, 300 cité par Chavanne et Burst, n°291 p-191.

(٣) Cass. civ. 24 nov. 1954, jcp, 1955, 11,8565, J.M. Mousseron, l'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevets, in etudes de propriété intellectuelle, Hommage à Henri Debois, Dalloz, 1974, p.157.

(٤) Cass. Civ, 7 fev. 1973, Jcp 1975, 2, 179 18, note J. Ghestin; CA marseilles, 11 mars 1989, D. 1989, 1R. 184 Cass. Com, 25 avril 1974, Jcp. 1975, 11, note Ghestin.

بالاستمرار في تصنيع الاختراع بعد اكتشافه للعيب أو يقوم بالتصرف فيه إلى الغير[١]، وقد تمضي مدة على حق الرجوع بالعيب فيسقط حق المطالبة؛ وهي ستة أشهر في القانونين الأردني والإماراتي من تاريخ التسليم[٢]، ويتحدث القانون المدني الفرنسي عن مضي مدة معقولة قصيرة عادة يقدرها القاضي[٣].

٣٣- ويمكن أن لايسأل المتنازل عن العيب لوجود شرط في العقد يعفيه من المسؤولية وهذا أمر جائز في القواعد العامة إلا إذا كان البائع سيئ النية يعلم بالعيب عند التعاقد، غير أن القضاء الفرنسي يتجه إلى التقليل من حالات الإعفاء، فإذا كان المشتري مستهلكاً أي غير مختص في مجال الاختراع تحديداً لايسري بحقه شرط الإعفاء من المسؤولية للعيب[٤]، أما إذا لم يقم شرط العيب فلا مسؤولية على المتنازل إلا إذا تعرض هو أو الغير.

ب- الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق:

٣٤- إن مجال تطبيق ضمان التعرض والاستحقاق ضيق للغاية في الاختراعات لأن أي تعرض مادي يتعرض له المتنازل له يستطيع أن يلجأ إلى وسيلة أفضل هي دعوى التقليد Action de contrafacon التي تمنع أي اعتداء يقع على الاختراع من أية جهة كانت إذ تضمن للمالك حماية حقوقه المالية واستحقاقه تعويض عن

---

(١) راجع عن مسقطات العيب الخفي المادة (٥٤٥) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي، والمادة(٥١٤) من القانون المدني الأردني.

(٢) راجع المادة (٥٥٥) من قانون المعاملات الإماراتي، والمادة (٥٢١) من القانون المدني الأردني.

(٣) راجع المادة (١٦٤٨) من القانون المدني الفرنسي.

(٤) Cass, civ. 30 oct. 1978, JCP 1979, JCP 1980, 1, 2293, cité par Chavanne et Burst, n° 292 p.A2, CA Paris, 1 oct. 1978, D. 1980, 139 note Mousseron. وراجع بالفقه: B.Starck, observation sur le régime juridique des clauses non-responsabilité ou limitation de résponsabilité, D. 1974, doct. P. 157. وراجع أيضاً نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص١٩٠-١٩١

الضرر مع مصادرة كل المواد المقلدة أو المستخدمة في التقليد[1]. وقد تظهر دعوى التقليد أكثر أهمية إذا كان مصدر تعرض الغير المادي هو البائع (المتنازل) إذا زود الغير بالمعرفة الفنية وتمكن من التعرض مادياً لحقوق المتنازل له، فالقواعد العامة لاتحمل البائع مسؤولية ضمان تعرض الغير المادي[2]. وقد تظهر أهمية ضمان التعرض في التعرض القانوني فقط إذا تعرض الغير للمتنازل له بعدم جدة الاختراع أو عدم قيام التطبيق الصناعي فيه بشرط أنه لم يصدر قرار ببطلان البراءة، لأنه إذا صدر قرار بذلك سوف يؤدي إلى بطلان العقد أصلاً[3]. وهناك خلاف في الفقه الفرنسي حول طبيعة التعرض القانوني أعلاه، فذهب تجاه إلى أن عدم وجود الجدة في الاختراع أو غياب التطبيق الصناعي هما عيبان خفيان لا علاقة لهما بضمان التعرض والاستحقاق. في حين يذهب آخر إلى أن غياب شروط الاختراع الموضوعية تحمل المخترع مسؤولية التعرض والاستحقاق.

٣٥- والحقيقة نحن نتفق مع ما قاله الفقيهان Chavanne et Burst من أن التعرض لعدم وجود جدة في الاختراع، كون الإختراع معروفاً من الغير قبل تسجيله، هو تعرض قانوني صحيح لأن المسألة هنا لاتخص الاختراع ذاته لكي نناقش العيب فيه، بل تخص مسألة قانونية وهي وجود اختراع آخر سابق على الاختراع الجديد، أما إذا كان التعرض ناجماً عن عدم وجود تطبيق صناعي، فهذا يتعلق بتنفيذ الاختراع فإذا لم يتمكن المتنازل له من تصنيعه وإنتاجه فهناك لاشك أن العيب هو عيب خفي[4] .

(١) راجــع المادة (٣٦) من القانون الإماراتي للاختراعات والرسوم، والمادة (٢١ و ٣٢) من القانون الأردني لبراءات الاختراع، والمادة (613-3) والمادة (161-5) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(٢) راجــع في قواعــد التعرض والاستحقاق في القواعد العامة، جاسم علي سالم الشامسي، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٠.

(٣) ويتجه القضاء الفرنسي هنا إلى تطبيق دعوى التقليد لتعذر قيام قواعد التعرض المادي من جهة، ولضمان حقوق أفضل للمالك من جهة ثانية Cass. Com 5 janv. 1973, cité par Chavanne et Burst, n° 294, p-194.

(٤) Chavanne et Burst. Op. cit, n° 164 p-194. وراجع أيضاً نعيم مغبغب، المرجع السابق، ص١٩٢.

ويجوز التنازل عن ضمان التعرض والاستحقاق من خلال اتفاق يرد عند التعاقد أو في وقت لاحق بشرط أن يلتزم البائع برد الثمن إذا استحق الاختراع للغير، أما إذا لم يقع التعرض فليس على المتنازل له إلا أن يلتزم بتنفيذ التزاماته.

٢- التزامات المتنازل له (المشتري) :

٣٦- لايوجد في التزامات المتنازل له ما يتميز بها عن التزام المشتري في عقد البيع، فعليه دفع الثمن وتسليم الاختراع، غير أن القانون الإماراتي فرض على المتنازل له التزاماً بعدم إفشاء أسرار المعرفة الفنية إذ اعتبرها حقاً مستقلاً عن الاختراع، فإذا أفشاها يعد مخلاً بالعقد، وإذا كان صادراً عن سوء نية يصار إلى مساءلته عن عمل غير مشروع طبقاً لقواعد المسؤولية عن الفعل الضار[1]. ولانجد ما يماثل هذا الالتزام في القانون الفرنسي للملكية الفكرية أو في القانون الأردني لبراءات الاختراع، ولكن إذا ورد نص في عقد التنازل يلزم المتنازل له المشتري بعدم الإفشاء وأخل به فعليه لاشك مسؤولية عقدية. أما إذا لايوجد شرط في العقد فلا نعتقد بوجود هذا الالتزام في هذين القانونين، خاصة وأن المعرفة الفنية في رأينا هي من ملحقات الاختراع فينفرد المتنازل له بملكيتها وله كافة السلطات التي يتيحها له القانون إلا إذا وجد شرط يقيده في ذلك مثل شرط المنع من التصرف في قواعد الملكية .

وقد يقع على المتنازل له التزام آخر هو التزام بالتعاون لتلافي أي عيب أو نقص في الاختراع أثناء تصنيعه أو إنتاجه، فإذا تعاون يمكن للمخترع أو خلفه أن يقدم المعلومات الضرورية والدقيقة لتنفيذ الاختراع، فإذا اتخذ المتنازل له موقفاً سلبياً و لم

---

(١) راجع المادة (٤١-٤٢) من القانون الإماراتي لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية.

يقدم المعلومات اللازمة عن الغرض من شراء الاختراع والمعدات المعدة في تصنيعه تقع عليه المسؤولية[1].

إن التزامات المشتري هذه نجدها غير فعالة في عقد التنازل ولكن لها أهمية بالغة في عقد التنازل عن حق استغلال الاختراع.

المبحث الثالث
عقد التنازل عن حق استغلال الاختراع
(عقد الترخيص Contrat de cession)

٣٧- يعد عقد استغلال الاختراع (عقد الترخيص) من أكثر العقود استعمالاً في نطاق الاختراعات لأنه يتيح للمخترع فرصة استغلال اختراعه وطرحه في السوق دون أن يتحمل عبء ذلك، مقابل أن يحتفظ بحقه في الملكية في احتكار الاستغلال من خلال تحديد شروط التنازل[2].

ولايوجد تعريف تشريعي محدد لعقد استغلال الاختراع إذ ذكرته التشريعات المقارنة في نصوص محددة بما يميزه عن نظرية العقد في القواعد العامة، وأطلقت عليه مصطلح عقد الترخيص أو الترخيص الاختياري. وفي ضوء ذلك سوف نحدد طبيعته وبيان بعض شروط انعقاده المتعلق بالمحل تحديداً ثم نوضح الالتزامات الناشئة عنه.

---

(١) راجع عن الالتزام بالتعاون، نوري خاطر، عقود المعلوماتية، المرجع السابق، ف ١٧٤، ص١٨٩.

(٢) راجع سميحة القليوبي. الملكية الصناعية، المرجع السابق، ف٨٧، ص١٤٨.

المطلب الأول
طبيعة العقد

٣٨- اختلف الفقه في تحديد طبيعة عقد الترخيص، فذهب رأي إلى أنه عقد يرد على حق انتفاع بالاختراع، إذ يبقى للمالك حق الرقبة ويتمتع المرخص له بحق انتفاع هو حق استغلال الاختراع وله أن يتنازل عنه للغير(١). وقد لاقى هذا الرأي انتقادات عدة منها أن حق الانتفاع هو حق عيني متفرع عن حق هذه الملكية، في حين حق المرخص له هو حق شخصي يمارسه من خلال المالك، وحق الانتفاع ينتهي بوفاة المنتفع(٢).

وذهب الاتجاه الراجح في الفقه الفرنسي إلى أن عقد الترخيص هو عقد إيجارة، إذ ينتفع المستأجر بالشيء المأجور(الاختراع) بما يمنحه العقد من حق شخصي(٣). وردد القضاء الفرنسي ذات الاتجاه في إشارته إلى أن عقد الترخيص هو عقد إيجار في جوهره إذا كان بمقابل أما إذا كان مجاناً فهو عقد إعارة(٤).

وإذا سلمنا بأن عقد الترخيص هو عقد إيجار فإن شخصية المستأجر (المرخص له) محل اعتبار كبير لهذا تدخل المشرع في قانون حماية الاختراع لوضع بعض النصوص التي تميزه عن عقد الإيجار في النظرية العامة.

٣٩- ويرى الفقيه J.J.BURST أن عقد الترخيص هو عقد مختلط Mixte إذا تضمن العقد نقل المعرفة الفنية باعتبار أن المخترع يمارس حق إحتكار عليها، وإلا عُدَّ العقد بسيطاً(٥).

---

(١) P.Roubier, op-cit, T.2, no 164, p.264.

(٢) راجع في نقد هذا الرأي، جلال أحمد خليل، المرجع السابق، ص٤٠٣.

(٣) راجع سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق،ف ٨٧، ص١٤٨، J.J.Burst, le contrat de licence op-cit, n°9p.3.

(٤) راجـــع في موقف القضاء . P.Fabre le prêt à usage en matiére commerçiale, RTD com 1977, 193, 213, et 231. وراجع في ذلك أيضا: سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، ف٨٧، ص١٤٨.

(٥) J.J. Burst, contrat de licencc, op-cit, n°9,p.3 .

ونحن لانعتقد بجدوى هذا التكييف مادام أن المعرفة الفنية ضرورية لممارسة المرخص له لحق بالاستغلال، وهذا ما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني، فلا نعتقد تغير وصف العقد مع وجود المعرفة الفنية إلا إذا اتفق الطرفان على نقل ملكية المعرفة الفنية منفصلة عن الاختراع إلى المرخص له. فيصبح المرخص له محتكراً لها وهنا يصبح العقد مركباً، أما إذا تولى المخترع نفسه أو خلفه تنفيذ الاختراع وتصنيفه لمصلحة المرخص له، وإعداد الكادر المناسب لذلك، وضمان عمل البضاعة المنتجة أو المصنع الذي يعمل بالاختراع، يصبح العقد مركباً ويطلق عليه بعقد المفتاح الجاهز[1].

٤٠- ويختلف عقد الترخيص عن عقد عدم الاحتجاجNon-opposition، فهذا الأخير هو عبارة شرط يلحق بأي عقد يرد على الاختراع يلتزم بموجبه المخترع بعدم مزاحمة الغير في استغلال الاختراع، ولايعد هذا الاتفاق ترخيصاً تلقائياً باستغلال الاختراع بل مجرد تأكيد التزام المخترع بعدم معارضة الغير في حق الاستغلال، في حين عقد استغلال الاختراع قائم على قواعد خاصة به من ضمنها عدم منافسة المخترع للمرخص له[2].

---

(١) راجع في تفاصيل ذلك : J-M. Deleuze, le contrat de tranfert de processus technologique, op.cit
وراجع. J.j. Burst, contrat de licence, nº 11, p.3
وراجع في أنواع الترخيص بالاستغلال، باللغة العربية، سمير حسن الفتلاوي، براءة الاختراع، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٧٨، ص١٢٣ وما بعدها.

(٢) راجع في ذلك: J.J. Burst, contrat de licence, op-cit, nº 28p-4.

المطلب الثاني
انعقاد عقد الترخيص

٤١- مصدر عقد الترخيص الإرادة لهذا يجب أن تكون خالية من العيب، فإذا كان مالك الاختراع قد تنازل سابقاً عن حق الاستغلال من حقه المتنازل له أن يرجع عليه بالتغرير (التدليس)(١). ومن خصوصيات عقد الترخيص، يجب الاتفاق على تحديد تاريخ سريان العقد إذ لاتنفذ إثارة إلا بعد تحديده لأنه عقد مستمر التنفيذ، وتظهر صعوبة تحديد التاريخ عندما يكون توقيع المتعاقدين على العقد متعاقباً، خاصة إذا تم بالمراسلة أو عن طريق وسائل الاتصال عن بعد. لهذا يجب تحديد تاريخ سريان العقد لكي تحدد اللحظة التي ينتقل بها حق الاستغلال، وهذا مهم للغاية لمنع أية منافسة من المخترع أو من الغير لصاحب الحق في الاستغلال.

ويجب تحديد المحل تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة إذ يجب تحديد نطاق حق المرخص له، هل هو حق انتاج الاختراع فقط أو يشمل حق التسويق والبيع. ويعد مكان الاستغلال ومدته من الأمور الجوهرية في عقد الترخيص أيضاً، فغالباً مايرد تحديد مكان استغلال الاختراع داخل دولة معينة أو في منطقة معينة في الدولة الواحدة(٢). فإذا لم يأت الاتفاق على توضيح كل ماتقدم فإن حق المرخص له مطلق في طريقة استغلال الاختراع بحيث يشمل انتاجه وتسويقه وبيعه في أي مكان في العالم ولمدة تستغرق مدة حماية الاختراع، أما إذا حددت مدته فلا يجوز أن تتجاوز مدة الحماية فإذا زادت ردت إليها بحكم القانون، لأن بعد انتهاء مدة الحماية يصبح

= وراجع في الاتجاه القضاء الفرنسي: CA Lyon 9 juin 1981, jcp. 82, éd- G. 223.

(١) Cass. com.19 avril 1967 D.somm- 1969, 80.

(٢) Ca Paris 20 oct. 1965, Ann-propr-ind 1966, Cass. Com. 25 avril 1968, Bull-civ. 1v n°130.

وراجع في تفاصيل ذلك، J.J. Burst, contrat de Licence, op-cit, n°68 p-9.

الاختراع مشاعاً بين الناس كافة. إلا أن عدم تحديد المدة يجعل من العقد غير لازم يجوز لكل طرف الرجوع عن العقد بعد إخطار الآخر. وهناك مخاطر معتبرة إذا ترك العقد دون تحديد مدة لأنه من غير المعقول أن يخاطر المرخص له باستغلال الاختراع ويفاجىء بإنهاء العقد من الطرف الآخر. لهذا يذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار أن العقد غير المحدد المدة عقد لازم إلى حين انتهاء مدة الحماية ولايجوز قبل ذلك إنهاء العقد[1]، فإذا أنتهت مدة الحماية أطلقت يد المرخص له حتماً في استغلال الاختراع بالطريقة التي يريدها دون الرجوع إلى العقد. أما قبل ذلك فهناك التزامات بذمة الطرفين نراها في الآتي:

المطلب الثاني
الالتزامات الناشئة عن العقد

تنشأ التزامات بذمة المالك وأخرى بذمة المرخص له نراها في الأتي:

الفرع الأول
التزامات المالك (المؤجر- المرخص)

٤٢- توجد التزامات مهمة بذمة المالك في عقد الترخيص، فعليه عدم منافسة المرخص له في استغلال الإختراع وضمان العيوب الخفية والتعرض، أما غيرها من الالتزامات فهي لاتختلف عن القواعد العامة، فالالتزام بالتسليم يقتصر على تمكين المخترع المرخص له من استغلال الاختراع ويجب عليه تسليمه المعرفة الفنية أيضاً بالشروط التي ذكرناها في عقد التنازل[2].

(١) CA Paris, 1mars 1963, Ann-prop. Ind.

(٢) راجع سابقاً، ف ٢٨، ص ٣٦، وراجع في إلحاق المعرفة الفنية مع عقد الترخيص.
J.M. Mousseron, l'obligation de garantie, op.cit p.160.

أولاً: التزام المالك بعدم المنافسة:

٤٣- يعد التزام المالك بعدم المنافسة من أهم التزامات مالك الاختراع والذي يتميز به عن عقد الإيجار في القواعد العامة. فهل يلتزم المالك تلقائياً بعدم المنافسة دون حاجة إلى نص بالعقد؟

الحقيقة أن القضاء والفقه الفرنسيان مختلفان بهذا الشأن، فذهب بعضهم إلى أن عدم وجود نص صريح يلزم المالك فإن عدم المنافسة تقتصر على حقه في التنازل عن حق الاستغلال للغير، أما هو فيبقى له الحق في استغلال الاختراع باعتباره ما زال مالكاً لحق احتكار الاختراع، فهذا الحق لاينفد بمجرد التنازل عن حق الاستغلال[١]. في حين ذهب اتجاه آخر إلى رفع يد المخترع في استغلال الاختراع مادام أنه لم يشترط ذلك في عقد الترخيص.

ونحن نتفق مع الرأي الأخير لأن عدم وجود شرط صريح يوضح شرط عدم المنافسة، لايجوز للمخترع أو خلفه استغلال اختراعه بنفسه أو التنازل عنه للغير، فمن سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه[٢]، فالقواعد العامة لضمان التعرض والاستحقاق[٣] تمنعه عمل ذلك، فعليه أن يمتنع عن منافسة المرخص له مادام قد تنازل عن حق الاستغلال دون قيد أو شرط. أما إذا أراد غير ذلك فله أن يشترط ذلك في العقد. ونجد موقف محكمة النقض الفرنسية ليس بعيداً عن هذا الرأي فقد قررت عدم حق المخترع استغلال اختراعه مادام قد تنازل عن اختراعه

---

(١) راجـــع في هذا الرأي J.J., Brust, contrat de licence op.cit, nº 69p.10 وراجع عن فكرة نفاد الحق J-M Mousseron, l'obligation de garantie, op-cit, p.156 , épuisement de droit
وراجع القرارات المؤيدة:
TGi, Paris 18 dec. 1985, PIBD, 1086, 111, 175, TGI, Marseilles 3 juillet 1987, P1 BD, 1987, 111, 387.

(٢) راجع المادة (٧٠) من قانون المعاملات الإماراتي.

(٣) راجع جاسم الشامسي، ضمان التعرض والاستحقاق، المرجع السابق.

داخل فرنسا أو خارجها، فإذا كان التنازل داخل فرنسا فله حق الاستغلال خارجها، وإذا كان التنازل خارجها فله حق استغلاله داخل فرنسا[1]. وكانت محكمة باريس الابتدائية أكثر تشدداً إذ وجدت أن اشتراك المخترع في تطوير وسيلة صناعية مشابهة للتي تنازل عن حق استغلالها للغير؛ يعد ذلك منافسة غير مشروعة للمرخص له فيحق للأخير المطالبة بفسخ العقد[2]. ولايجوز له حق التنازل المجاني لمصلحة الغير إلا إذا اقتضت مصلحة الدول ذلك بما تفرضه قواعد الترخيص الإجباري التي تحدد مقابل عادل له[3].

ثانياً: التزام المالك (المرخص) بالضمان:

٤٣- لايختلف الالتزام بالضمان في عقد الترخيص عن الالتزام بالضمان في عقد التنازل، لكن هناك بعض التطبيقات القضائية الفرنسية تخص عقد الترخيص، نرى من المفيد الإشارة إليها، لهذا سوف نتناول التزام المالك (المرخص) بضمان العيوب الخفية والتزامه بضمان التعرض والاستحقاق.

١- ضمان العيوب الخفية:

٤٤- ينصب ضمان العيب في عقد الترخيص على العيوب المادية، مثل مخاطر الاستغلال أي تعذر الحصول على النتيجة الصناعية المرجوة من الاختراع، فيلتزم المرخص بتعويض الضرر إضافة إلى حق المرخص له بالمطالبة بالفسخ نتيجة لإخلال

---

(١) Cass. Civ. 25 janv, 1955, Ann. Prop, ind, 1956-1 cité par Burst, contrat de licence, op-cit, nº 69p.10.

(٢) TG1, Paris 8 juin 1994, PI BD, 1994, 111, p. 524.

(٣) راجع سابقاً، ف١٠، ص١٣ .

المالك بالتزامه[١]. ويتعدى ضمان المخترع أو خلفه إلى تعويض الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة لاستخدام الاختراع[٢]، وقد اعترف القضاء الفرنسي للغير الرجوع على المرخص بدعوى مباشرة، وله أن يقيمها على أساس المسؤولية العقدية[٣]. ولايسأل المخترع عن العيب في التصنيع فهذا شأن من تولى الاستغلال بل يسأل عن العيب في التكوين الفكري أو استحالة تنفيذ الاختراع صناعياً رغم صحته فكرياً[٤]، ويحق للمرخص له إذا واجه هذه المشكلة أن يطالب بالفسخ مع التعويض[٥] .

ولا يسأل المرخص (المخترع أو خلفه) عن نقص القيمة الاقتصادية للاختراع، فالنجاح الاقتصادي لايتحقق إلا من خلال نشاط المرخص له ومهارته في معرفة الاختراع جيداً مقارنة مع الحالة السابقة له ومدى حاجة السوق إليه. و ميز القضاء الفرنسي بوضوح بين النجاح الاقتصادي الذي هو من مسؤولية المرخص له، والنجاح الفني الذي هو من مسؤولية المرخص في الغالب، فقد ينجح الاختراع في المختبر إلا أنه قد لاينجح في التصنيع، فتقع المسؤولية على المخترع أو خلفه[٦]. وفي هذا السياق ذهبت محكمة استئناف باريس إلى وجوب البحث عن صلاحية الاختراع فنياً قبل البحث عن النجاح الاقتصادي[٧] .

---

(١) Cass. Civ. 111, 24 juin 1975, D. somm, 1976, 193, note, J. Schmidt; CA Paris 18 cité par Burst, licence de brevet, effets mars 1974, Dossiers brevets. 198, 1v, n°7, de contrat de licence, fin du contrat de licence, fascule, 491, 11, 1991, n°15 p4.

(٢) Cass. Civ-111, 24 juin 1975, precité, CA Riom, 2 avril 1971, CA Paris 18 mars 1974, cité par J.J.Burst, effets de contart, op-cit, n° 15 p.4.

(٣) J.J.Burst, effets de contrat, op-cit, n° 15,p.4-5 .

(٤) Cass. Civ-111, 24 juin 1975, précité, CA Riom, 2 avril 1979 précite, CA Paris 8 mars 1974 precité,
وراجع J.M . Mousseron, l'obligation de garantie, op-cit, p157.

(٥) Cass com, 11 juill. 1988, D. somm. 1988, inf-rap. 238 .

(٦) TGi, Paris, 24 fev.1975 PIBD, 1975, 111, 401. J.J. Burst, effets de contrat, op.cit, n° 18, p.5.

(٧) CA Paris 2 juin, 1988, D. somm. 1988, inf-rap. 202.

وعلى الرغم من هذا التأكيد في القضاء الفرنسي نجد قرارات أخرى تحمل المرخص المسؤولية لعدم النجاح الاقتصادي، فقد ذهبت محكمة باريس الابتدائية إلى تحميل المخترع المسؤولية والحكم بفسخ العقد بحجة أن استغلال الاختراع يتطلب تكاليفاً باهظة بالقياس إلى سعر السوق، ويعد ذلك عيباً خفياً(١). أما إذا كانت الصعوبات الفنية التي واجهها المرخص له عند تنفيذ الاختراع متوقعة عند التعاقد لايسأل عنها المرخص(٢).

٤٥- والسؤال المهم هل يضمن المخترع نتائج الاختراع أو كفاءته في العمل، إذا ورد شرط صريح في العقد يحمله ذلك؟ يسأل المرخص مؤكداً، غير أنه إذا غاب الشرط، يجب التمييز بين اعتبارين؛ الأول عدم تحقق النتائج يرجع على صعوبات خارجة عن إرادة المخترع، لاتقام هنا المسؤولية عليه، والثاني هو يضمن كل الصعوبات التي يمكن تلافيها إذا بذل المخترع جهداً معقولاً(٣).ويجوز إعفاء المخترع أو خلفه من المسؤولية عن العيب الخفي إلا إذا كان سيئ النية(٤). وقد اتجه القضاء الفرنسي حديثاً إلى مساءلة المهني عن العيب الخفي دون النظر إلى شرط الإعفاء على اعتبار أن المهني على دراية مفترضة بالعيب، فسوء النية مفترضة فيه، وهذا اتجاه لحماية المرخص له غير المختص أي (المستهلك)(٥). ويسري ذلك على الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق أيضاً.

---

(١) TGi, Paris, 18 décembre1985 D. 1987, somm, 133, obs.J. M-Mousseron etJ-Schmidt.

(٢) CA Paris 9 juin 1977, JCP. 80, 11, 19430.

(٣) Cass.com-12 décembrs 1984, Bul. Civ-1v-n° 346.

(٤) CA, Paris, 18 avril 1984, D. 1986 inf-rapp 138, obs.j-M, Mousseron et S. Schmidt.

(٥) Cass com. 8 juill, 1975, JCP. 1976, 11, 18332,

وراجع في تفاصيل ذلك:

P- Molinvand, pour ou contre le validité des clauses, limitatives de la garantie des vices cachés, dans la vente, jcp. éd. G.1, 96090.

١- الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق:

٤٦- يتحدث الفقه الفرنسي عن ضمان المخترع أو خلفه القانوني إذا ثبت عدم جدة الاختراع أو عدم فاعليته للتطبيق الصناعي[١]. والحقيقة أن هذا الرأي محل نظر لأن عدم قيام شرط الجدّة يؤدي إلى بطلان الاختراع وينجم عنه سحب البراءة وبطلان العقد لغياب المحل. وفي هذا السياق ذهبت محكمة استئناف Toulouse إلى الحكم ببطلان العقد لعدم وجود الجدّة على الرغم من مطالبة المدعي بضمان التعرض[٢]. أما إذا تعرض الغير مادياً للمرخص له، فالمرخص غير مسؤول عن ذلك حسب القواعد العام إلا إذا تم ذلك بمساعدة المخترع أو خلفه الفكرية[٣].

وقد يحتاج المرخص له كثيراً إلى ضمان التعرض والاستحقاق على خلاف ما هو عليه للمتنازل له، إذ أن دعوى التقليد لا تنتقل إليه تلقائياً لأنه غير مالك إلا بموجب شرط صريح في العقد، لهذا رفض القضاء الفرنسي دعوى التقليد المقدمة من المرخص له كونه غير مالك وليس له مواجهة تعرض المرخص المادي إلا بموجب دعوى التعرض والاستحقاق[٤]. ولو كان له الحق لضمن حقوق بطريقة أفضل لما لدعوى التقليد من مزايا إذ تضمن حقوقه المدنية وله ملاحقة المقلد جزائياً. ولهذا إذا حصل التعرض فليس له إلا أن يطالب بالفسخ وإلغاء تسجيل حقه في الاستغلال[٥].

---

(١) راجع : J.-M. Mousseron, l'obligation de garantie, op, cit, p.161.
وراجع سابقاً: ف٣٤ ، ص٤٢ .

(٢) CA Toulouse, 17 juin 1076, Ann- prop-ind- 1976, 219, cité par J. Burst, effets de contras, n⁰ 28 p-6.
CA Paris, 2 oct 1978, D. 1980, 139, notes J. M. Mousserone
Cass-com 17 mars 1980, p1BD, 1980, 111, 51.

(٣) J.M. Mousseron, l'obligation de garantie, op-cit p-1601; J.Burst, effets de contrat, op. cit, n⁰ 28, p.6.

(٤) Cass. com. 26 fev. 1968, Bull, civ. n° 82.

(٥) TGI, Paris 12 juill. 1972, P1, BD. 1973, 111, 75.

والحل الأنجع أن يطالب المرخص بتوكيل من المالك لإقامة دعوى تقليد مباشرة ضد الذي يزاحمه في حقه بالاستغلال دون عذر قانوني[1]، وإذا أقام الدعوى بحكمه وكيلاً يمكن أن يدفع نفقات الدعوى لأنه هو المستفيد من ذلك[2]. أما إذا لم يحصل على ذلك فيستطيع عن طريق دعوى التعرض أن يدخل المخترع أو خلفه في الدعوى وحينئذ يستطيع هذا الأخير أن يوفر حماية للمرخص له من خلال الدفع بالتقليد[3]. أما إذا امتنع المرخص عن عمل ذلك فليس على المرخص إلا مراجعته بضمان التعرض والاستحقاق، فله أن يفسخ العقد. ويمكن للمستفيد (المرخص له) أن يلجأ إلى دعوى المنافسة غير المشروعة ضد الغير الذي يتعرض لحق في الاستغلال تعرضاً تارة مادياً أو قانونياً، وقد قبل القضاء الفرنسي هذه الدعوى وحكم بالتعويض للمرخص له[4].

٤٧- ويمكن أن يواجه المرخص له نوعاً آخر من الاعتداء ولا يقع على الاختراع ذاته بل على البضاعة المصنعة منه؛ فما هو الحل؟ يذهب الفقه إلى اعتبار هذا العمل تعرضاً فللمرخص له أن يرجع على المخترع بالضمان إذا لم يقم دعوى التقليد ضد الغير، وله الحق في المطالبة بفسخ عقد الترخيص أو يطالب بالتعويض[5]، لأن قيام الغير بتصنيع بضائع المرخص له وتداولها دون موافقة الأخير له يعد ذلك صوراً من صور التقليد يجوز ملاحقة الغير بدعوى التقليد، وإذا تعذر ذلك

---

(١) CA Paris, 8 nov.1989, P1 BD, 1990, no 473, 111, 126.

(٢) TGI, Paris, 20janv. 1988, P1BD, 1988, no 435, 111, 252, J.J. Burst, effets de contrat, n°, p.6.

(٣) J.M.Mousseron, l'obligoction de garantie, op-cit, 172-173.

(٤) Cass. Com. 24 oct 1956, Bull-civ. 111, n°254 CA Paris 12 oct. 1965. Ann. Propr. Ind. 1966, 32, cité par J.J. Burst, effets de contrat, op.cit, n° 41, p.7.

وراجع في التمييز بين دعوى المنافسة غير المشروعة والتقليد:

J.Schimidt- Szalewski, La distinction entre l'action en contrafaçon et l'action en concurrence deloyle dans la jurisprudence, RTD, com –14 jull- sept- 1994, p.455 et ss.

(٥) J.J Burst, précite, n° 45 p.7.

فاللمرخص له مراجعة الغير بدعوى منافسة غير مشروعة ومراجعة المرخص بدعوى ضمان التعرض والاستحقاق[١] لامتناعه عن إقامة دعوى التقليد.

والوسيلة الأنجع -كما قلنا- هو تنازل المخترع أو خلفه عن دعوى التقليد لمصلحة المرخص له لكي يتمكن من ملاحقة الغير قضائيًا، لأن أغلب الاعتداءات التي تقع منهم هي أعمال مادية غير مضمونة بضمان التعرض والاستحقاق، إذ أن البائع غير مسؤول -حسب القواعد العامة- عن تعرض الغير المادي، ولكن المخترع غير مسؤول عن أي اعتداء أو تعرض إذا لم يقم المرخص له باستغلال الاختراع أصلاً.

ثانياً : التزامات المرخص له :

يتحمل المرخص له نوعين من الالتزامات؛ التزام إيجابي والتزام سلبي.

١- الالتزام الإيجابي:

٤٨- يلتزم المرخص بدفع الأجرة مقابل تنازل المرخص بحق الاستغلال، وهو التزام إيجابي لايختلف بطبيعته عن الالتزام بدفع الأجرة في القواعد العامة لعقد الإيجار[٢].

ولكن أهم التزام إيجابي يقع على المرخص له هو الالتزام باستغلال الاختراع، فإذا امتنع عن ذلك قد يؤدي إلى منح ترخيص إجباري بالاستغلال، وعليه أن يستغل الاختراع استغلالاً قابلاً لتجنيب أي ترخيص إجباري لأن حصول الأخير

---

(١) راجع المرجع أعلاه.

(٢) عـن تفاصيل الاستغلال بصورة عامة ، راجع محمود مختار أحمد بربري، الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة، دار الفكر العربي، القاهرة، ف٢٣، ص٣٥ ومابعدها. وباللغة الفرنسية راجع: M.Sabatier,op.cit,p.1et ss.

يصار إلى فسخ عقد الترخيص تلقائياً، وهذا ما تمسك به القضاء الفرنسي باعتبار أن المرخص حرم من هذا الحق فأصبح العقد مستحيل التنفيذ(١).

ولايكفي أن يكون الاستغلال كاملاً بل يجب أن يكون حقيقياً وبكل وسائله إلا إذا كان هناك مانع فني يحول دون ذلك، فله الرجوع على المخترع أو خلفه للعيب(٢). وحتى لو لم يرد نص بالعقد يلزم المرخص له باستغلال الاختراع فعليه ذلك لأنه مبدأ عام أوجده القانون وألزمه للمخترع، فكيف لايتحمله المرخص له الذي منح رخصة لتحقيق هذا الغرض(٣).

٤٩- ولكي يقوم المرخص له باستغلاله استغلالاً ناجحاً عليه أن يدرس المشروع جيداً ويُعد الآلات اللازمة للتنفيذ الصناعي. وكل هذه قرائن، في نظر القضاء الفرنسي، دلالة على جدية المرخص له في استغلال الاختراع(٤). أما إذا جاء عدم الاستغلال لسبب خارج عن إرادة المرخص له ليس من حق المخترع المطالبة بالتعويض لعدم تنفيذ الاختراع(٥). وقد يكون السبب صعوبات فنية أو اقتصادية كأن يكون تكاليف الاستغلال عالية جداً مما يتعذر إنتاج الاختراع وتسويقه، هذه أسباب وموانع تعطى للمرخص له عذراً في عدم مسئوليته عن الاستغلال(٦). وإذا نفذ المرخص له الاختراع إلا أنه لم يصل إلى الرقم المتفق عليه يجوز للمخترع أن

---

(١) Cass. com. 4 nov. 1974, Dossiers Brevet, 275, V.n°3 cité Par Burst, effets de contrat n°76-p10.

(٢) CA Paris, 8 avril 1964. jcp 64. 11, 13876, CA Paris, avril 1988, D. 1988, inf-rap-202.

(٣) CA Paris, 2 juill, 1981, D- 1984, inf-rap. 212. obs. J.M Mousserom et J-Schmidt.

(٤) CA Paris, 4 fév- 1958, Ann- prop-ind. 1952, 224, cite par J. Burst, effets de contrat, n° 76p-10.

(٥) TG1, Paris, 1er mars 1989, Dossres Bevets, 1990, 11,8, cité par Busrt, effets de contrat, n° 74, p.10 TG1, Paris 5 fev. 1985, D - 1987,.somm. 135, obs, J-M.Mousseron.

(٦) CA Reims, 5 Janv, 1976, Ann- prop. ind. 1977, 117, cité, par Burst, effets du contrat, n° 80p.11, CA Paris 20 mai1977p1 BD, 1978, 11, 78.

يطالب بإلغاء العقد مع المطالبة بالتعويض، ويستطيع المطالبة بالتعويض عن الجزء الذي لم يصنع خاصة إذا كان المقابل محدداً على أساس سعر نسبي يأخذ المخترع منه نسبة من الأرباح المتحققة من التسويق[١]. أما إذا لايوجد شرط يحدد الحد الأدنى للانتاج فيسأل المرخص له إذا لم يحقق بيعاً معقولاً بشرط أن يكون محتكراً لوحده حق استغلال الاختراع[٢].

وعلى المرخص له أن يحترم في استغلال المواصفات المحددة في التصنيع والمتفق عليها مع المخترع أو خلفه، وعليه احترام العلامة التجارية المتفق عليها بوضعها على المنتج أو البضائع المصنعة بموجب الاختراع إذا كانت العلامة للمخترع[٣] .

٢- الالتزام بالامتناع:

يلتزم المرخص له أربعة التزامات رئيسية بالامتناع يحددها الاتفاق غالباً نراها في الآتي:

أ- الالتزام بعدم الاحتجاج:

٥٠- يحدد هذا الالتزام العقد، إذ يجب أن يرد اتفاق صريح من شأنه أن يمنع المرخص له الاحتجاج بعدم مشروعية الاختراع؛ فلا يجوز له أن يقدم طلباً بإبطال الاختراع أو طلباً بفسخ عقد الترخيص[٤]. وقد اعترف القضاء الفرنسي بمشروعية

---

(١) CA Reims, 5 Jalu, 1974, precité, CA Paris 20 mai 1971, precité.

(٢) Cass. Com. 8 decembre 1970, Bill. Civ. Iv. N° 344.

(٣) Burst, effets de contrat, op. cit, n° 85-87, p-17.

(٤) راجع في تفاصيل هذه الشروط J.J. Burst, effets de contrat, op. cit,n°105,p.13 .

هذا الشرط إذا كان صريحاً[١]. غير أن هذا الشرط قد يكون محل نظر لأن تقرير بطلان الاختراع من النظام العام، فعدم مشروعية البراءة لعدم قيام شروطهـــا يسقط عن إبتكار المخترع صفة الاختراع الممنوح البراءة. لهذا السبب منع توجيه الاتحاد الأوربي هذا الشرط وقضى بعدم مشروعيته لأنه قيد على شرط المنافسة المشروعة إلا إذا كان الترخيص بدون مقابل[٢].

ب- الالتزام بعدم المنافسة غير المشروعة:

٥١- أن مصدر هذا الالتزام هو القانون فلا يجوز للمرخص له أن يمارس نشاطه التجاري بقصد الإضرار بالمخترع أو خلفه، فعليه أن لايلجأ إلى الغش والاحتيال أو يقوم بإفشاء أسرار تؤدي على منافسة المرخص منافسة غير مشروعة، كأن ينقل معرفة فنية محرم عليه إفشاؤها. أما غير ذلك يجوز للمرخص له المنافسة مادامت مشروعة. وفي هذا السياق ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن تصنيع المرخص له بالاختراع آلة مشابهة للاختراع بطريقة مختلفة عن الاختراع موضوع عقد الترخيص لايعد منافسة غير مشروعة مادام لم يحقق من الاختراع ذاته إلا مبيعات بسيطة[٣]. ولايعد المرخص له مخلاً بالتزامه بعدم المنافسة غير المشروعة إذا عمل دعاية لمنتجه المصنع بدرجة دعاية الاختراع إلا إذا وجد شرط في العقد يمنع ذلك[٤].

ولايمنع القانون وضع شرط صريح بعدم المنافسة في مواضع معينة ولو كانت مشروعة، بشرط تحديد نطاق الشرط ومدته، فيجوز منع المرخص له من صناعة

---

(١) Css.Com.7 decembre 1964,D. 1966,182, note, R Plaisant; Cass. Cam. 23 mai 1974,D.1975 237, note. J.P. Sorlier.

(٢) راجع قرار توصية الاتحاد الأوربي: GJ.C.E 27 sept 1988, aff. 65L86, JCP. 88 éd. z,1, 117861.

(٣) CA Paris, 4 oct. 8 avril 1964, JCP. 64, 11, 13876, note R. Plaisant.

(٤) TGi, Paris 17 oct. 1985, JCP, 87. ed- E,11, 16055, obs-J.J.Brust et J. M.Mousseron, TGi, Paris, 23 oct. 1987, P1BD, 1988, n°111, n°423,111,182.

سلع مشابهة للسلع المنتجة من الاختراع، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى الحكم بمسؤولية الشركة المرخص لها عن إنتاج شركة أخرى تنتج نفس السلعة موضوع الاختراع وكانت لهذه الأخيرة علاقة تبعية مع الأولى، ويعد ذلك منافسة غير مشروعة مادام لايوجد شرط صريح يسمح للشركة بذلك(١).

جـ- الالتزام بعدم تصدير الاختراع:

٥٢- لايوجد نص قانوني يمنع المرخص له تصدير منتجات الاختراع إلى جهة معينة دون أخرى وإلى أي بلد كان، إلا أنه عليه أن يبلغ السلطات المختصة إذا كان التصدير للخارج(٢).

أما إذا وجد شرط يحدد فيه استغلال الاختراع في بلد معين أو في منطقة معينة يصح هذا الشرط، وإذا خالفه يعد المرخص له بحكم المعتدي (مقلد) للاختراع(٣). إذ يبقى المخترع محتفظاً بحق استغلال الاختراع في الأماكن التي منع منها المرخص له. وذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك إذ اعتبر مجرد مشاركة المرخص له في معرض دولي يحتكره المخترع إخلالاً بالتزامه في العقد بعدم المنافسة واستغلال الاختراع في غير الأماكن المحدد له بالعقد(٤).

د- عدم جواز التنازل للغير بالاستغلال:

٥٣- لا يجوز للمرخص له التنازل عن حق استغلال الاختراع للغير إلا بموافقة المرخص، وهذا مبدأ ينسجم مع القواعد العامة لعقد الإيجار في القانونين الإماراتي

---

(١) Cass. com. 15 juill. 1988, Bull, civ 111, n°437.

(٢) Cass. com. 25 avril 1968, D- 1968, somm, 103.

(٣) CA Paris, 21 decembre 1989 P1BD. 1990, n°476,111.

(٤) TG1, Paris, 17 oct. 1985, Pl BD, 1986, 111, 69.

والأردني[1]، في حين القانون المدني الفرنسي يبيح ذلك إلا إذا اعترض المؤجر[2]. ولكن الاتجاه العام في القضاء والفقه الفرنسيين يذهب إلى عدم جواز التنازل عن حق الاستغلال، وإذا تم يعد باطلاً، لا بل يعد عمل المرخص له صورة من صور التقليد أي شريكاً مع المتنازل له الثاني بالفعل إلا إذا أثبت حسن نيته[3]. ويعزي سبب المنع إلى حجة مفادها أن المخترع لايضمن التزام المرخص له من الباطن أو المتنازل له بحق الاستغلال بالشروط التي تم الاتفاق عليها بين المرخص والمرخص له الأول، وأن عقد الترخيص قائم على أعلى درجات الاعتبار الشخصي[4]. وبرر القضاء الفرنسي بطلان تصرف المرخص له لعدم وجود المحل[5]، في حين لو طبقنا الأمر في القانون المدني الأردني والإماراتي لكان العقد موقوفاً على إجازة المرخص.

٥٤- ولكن هل يجوز للمرخص له أن يستعين بالغير لتصنيع أو تنفيذ الاختراع؟ لايوجد شرط يمنع ذلك فيجوز له أن يستعين بمقاول ثانوي لتصنيع بعض مواد الاختراع ومعداته دون أن يكون له الحق في استغلال الاختراع لصالحه، بل يجب أن يعمل لمصلحة المرخص له فهو بحكم التابع للأخير، وإذا وجد شرط يمنع ذلك فهو جائز في نظر القضاء الفرنسي[6].

إن أي إخلال بالالتزامات المتقدمة ينجم عنه مسؤولية على المرخص له ومن حق المخترع المطالب بفسخ العقد، وقد يتوسل بدعوى التقليد لحماية حقوقه في الاختراع إذا قامت شروط الدعوى.

---

(١) راجع المادة (٧٨٧) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وراجع المادة (٧٠٣) من القانون المدني الأردني.

(٢) راجع المادة (١٧١٧) من القانون المدني الفرنسي.

(٣) راجع في موقف القضاء j.j.Burst, effets de contrat, op. cit, n° 132 p. 1

(٤) Cass. Com . 17 oct. 1989, D-1990, somm,2.

(٥) CA Paris, 27 mai 1987, D. 1988 somm 349, obs. J.M. Mousseron et J-Schmidt.

(٦) Cass.com 13 Mai 1969, Bull. Civ. 1v. n°161.

الخاتمة:

٥٥- لاشك أن القواعد التي تحكم التصرفات الواردة على حقوق الاختراع تتميز بخصوصية معينة إلا أنها لاتختلف في مجملها عن القواعد العامة في القانون المدني. ولانجد ضرورة ملحة إلى تنظيمها بنصوص تفصيلية باعتبارها عقوداً مسماة مستقلة عن العقود المسماة الواردة في القانون المدني وتحديداً عقد البيع وعقد الإيجار، وأن تدخل المشرع في قانون حماية الاختراع لوضع بعض النصوص التفصيلية في التصرفات الواردة على حقوق الاختراع جاءت منسجمة مع طبيعة حقوق الاختراع، وهي في اعتقادنا كافية في ضمان حقوق المخترع والغير. وعلى الرغم من أهمية المعرفة الفنية في التطور الصناعي عموماً وفي تطور الإبداع الفكري في الاختراع خصوصاً، إلا أنه نجد أن اعتبارها من ملحقات الاختراع أو الترخيص هو الحل الأنجع. فهي ضرورية لاستغلال الاختراع، وهذا شرط في ملحقات المبيع، واستبعادها من التصرفات الواردة على حقوق الاختراع سوف يتحمل المتنازل له أو المرخص له أعباءً مادية باهظة في الحصول عليها مع شروط تعسفية تقيده في حرية استعمالها أو اطلاع الغير عليها لغرض تسهيل عملية استغلال الاختراع وتسويقه. عليه لا نرى ضرورة إلى تنظيم قواعد المعرفة بنصوص خاصة في قانون الاختراعات لأن ذلك يضفي عليها حماية مستقلة عن الاختراع وتصير حقاً قابلاً للاحتكار، خاصة وأن المعرفة الفنية في نهايتها هي جزء من المعرفة العلمية التي هي من حق الإنسانية جمعاء .

والله من وارء القصد،،





حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب

دراسة قانونية مقارنة

د. فواز صالح

أستاذ القانون المدني المساعد - كلية الحقوق - جامعة دمشق

ملخص البحث:

تمنح البصمات الوراثية بعداً جديداً لإمكانية اكتشاف الحقيقة البيولوجية، كما أنها تلعب هذه البصمات دوراً هاماً في إثبات النسب في التشريعات الغربية التي يتقاسمها اتجاهان لمدى إمكانية اللجوء إلى البصمة الوراثية في إثبات دعاوى النسب بين حر ومقيد.

ولكن في كلا الاتجاهين لايشكل إثبات الحقيقة البيولوجية الغاية الوحيدة للقواعد القانونية التي تنظم إثبات النسب. وقد أوضحت هذه الدراسة أيضاً بأن فحص البصمات الوراثية يشكل خطراً على حقوق الإنسان، خاصة وأن الحق في حرمة الجسد. ولاشك بأن الأدلة العلمية ستساعد على تحديد علاقة النسب الأكثر يقيناً من الناحيتين العلمية والبيولوجية. وفي حالة تنازع النسب، لكن ليس لها أي دور في تحديد النسب الأكثر نفعاً للطفل، وهل هو النسب البيولوجي أم القانوني؟

لذلك كان لابد من تقييد مبدأ حرية الإثبات تعن طريق فحص البصمات الوراثية في نطاق قضايا النسب وحصره في إطار دعوى قضائية حتى يتمكن القاضي

مـــن ممارسة رقابته على هذه الوسيلة من وسائل الإثبات. وأن يترك أمر اللجوء إلى هذه الوسيلة إلى تقدير القاضي.

ولم تـــتطرق التشريعات العربية المستمدة من الشريعة الإسلامية إلى البصمات الوراثـــية أو التحليل الجيني باستثناء القانوني التونسي رقم ٧٥ لعام ١٩٩٨. ولكن ســـكوت المسرع لم يمنع القضاء في بعض الدول العربية من اللجوء إلى هذه الوسيلة مثل القضاء اللبناني.

أما فيما يخص الفقه الإسلامي فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في إمكانية إثبات النســـب أو نفـــيه عن طريق البصمات الوراثية، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورتـــه السادسة عشر فقد نصت على عدم الاستفادة من البصمة الوراثية في مجال نفي النسب، ولايجوز تقديمها على اللعان.

خطة البحث:

مقدمـــة: لمحة تاريخية حول البصمات الوراثية.

الفصل الأول: دور البصمات الوراثية في إثبات النسب

المبحث الأول: مبدأ حرية اللجوء إلى اختبارات البصمات الوراثية.

الفرع الأول: خارج نطاق القضاء.

الفرع الثاني: في إطار دعوى قضائية.

المبحث الثاني: تقييد حرية الإثبات عن طريق البصمات الوراثية.

الفرع الأول: حرية إثبات النسب.

الفقرة -١- النسب الشرعي (القانوني).

الفقرة -٢- النسب الطبيعي.

الفرع الثاني: الموانع القانونية للبحث عن الحقيقة البيولوجية في قضايا النسب.

الفقرة -١- الولادة تحت اسم مجهول.

الفقرة -٢- الإنجاب المساعد طبياً (التلقيح الاصطناعي).

الفقرة -٣- التبني التام أو الكامل.

الفقرة -٤-النسب الشرعي الثابت بشهادة الميلاد وحيازة الحالة.

الفصل الثاني: ضمانات اللجوء إلى البصمات الوراثية.

المبحث الأول: الرضا.

الفرع الأول: بالنسبة للأحياء.

الفرع الثاني: في حالة الوفاة.

المبحث الثاني: حماية المعلومات الوراثية.

الفرع الأول: الحق في الحياة الخاصة.

الفرع الثاني: عدم إفشاء السر المهني.

الخاتمـــــــــة.

مقدمة : لمحة تاريخية عن البصمات الوراثية وتعريفها :

تجتاح العالم المعاصر ثلاث ثورات جذرية تهز كيانه بقوة. الثورة الأولى هي ذات طابع اقتصادي نشأت نتيجة ظهور ما يسمى بـــ" العولمة " وما يترتب عليها من نتائج ثقافية واجتماعية واقتصادية وحتى سياسية. أما الثورة الثانية فهي ثورة المعلوماتية، ويعود السبب في قيامها إلى ظهـــور الإنترنت وازدهار التجارة الإلكترونية. وأما الثورة الثالثة والأخيرة فهي الثورة البيولوجية ذات الطابع الوراثي والتي قامت نتيجة اكتشاف الخريطة الوراثية للإنسان، واكتشاف البصمات الوراثية، أو ما يسمى ببصمة الـــADN بالفرنسية و الـــ DNA بالإنكليزية[(١)].

اكتشف العالم آفري في العام ١٩٤٤ الـــ ADN، وبين بأنه هو المسؤول عن نقل الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع. في العام ١٩٥٣ اكتشف العالمان ويستون وكريك بنية الـــ ADN، حيث أثبتا بأن جزيء الـــ ADN يتكون من جديلتين مكونتين من التفاف سلسلتين من عديد النيكليوتيد. (تتكون حلقة من النيكليوتيد من زمرة مؤلفة من الفوسفات والسكر وأساس نووي. والهيكلية المكررة

---

(١) انظـــر Jean – Claude GUILLEBAUD , Nouvelles menaces : L,homme en voie de disparition ? , Le Monde diploatique , Aout 2001, P 20.

وانظر أيضاً: إرنست ماير، هذا هو علم البيولوجيا، ترجمة د. عفيفي محمود عفيفي، سلسلة عالم المعرفة، العدد ٢٧٧، يناير ٢٠٠٢؛ وانظر كذلك: مات ريدلي، الجينوم، ترجمة د. مصطفى إبراهيم فهمي، سلسة عالم المعرفة، العدد ٢٧٥، نوفمبر ٢٠٠١.

ورمز ADN هو اختصار فرنسي للمصطلح العلمي "Acide désooyribonucleique".

أما رمز DNA فهو اختصار إنكليزي للمصطلح العلمي "Deoxy ribo nucleic acil".

وهو يقابل في اللغة العربية المصطلح العلمي "الحمض النووي منقوص الأوكسجين"، والبعض يطلق عليه مصطلح " الحمض الريبي منقوص الأوكسجين".

لهذه الحلقة هي التي تؤمن خصوصية الأحماض النووية في الخلايا البيولوجية، وهي التي تؤمن بصورة خاصة تخزين المعلومات الوراثية المتعلقة بالشخص).

في بداية الستينات من القرن الماضي أوضح العالمان نيربرغ وكورانا أن تتابع الأسس على جديلة من الـــ ADN هو المسؤول عن خصوصية معلومات وسلسلة البروتينات، ومن هنا جاءت القاعدة التي تقول : " جينة واحدة -بروتين واحد ". وساعدهما هذا الاكتشاف على إثبات أن الرمز الوراثي أو الشيفرة الوراثية Le code genetique يعمل من خلال كودونات مكونة من ثلاثة نيكليوتيدات متتابعة وخاصة بحمض أميني معين[١].

وبعد ذلك اكتشف عالم الوراثة البريطاني أليس جيفري Alec Jeffrey أن تتابع هذه الأسس على جزيء الـــ ADN يختلف من شخص إلى آخر، واحتمال تطابق هذه الأسس عند شخصين هو أمر نادر جداً حتى لا نقول بأنه مستحيل، وذلك باستثناء حالة التوائم المتماثلة ... وأطلق على اكتشافه هذا تسمية بصمة الـــ DNA — DNA Finger Print، ومن هنا جاءت أيضاً تسمية البصمة الوراثية L`empreinte genetique[٢].

ولقد وجد الطب الشرعي في هذا الاكتشاف وسيلة مذهلة للتعرف على المجرمين واكتشاف الجرائم، وكذلك حل بعض الألغاز في نطاق القضايا المدنية وخاصة دعاوى النسب.

---

(١) أنظر: Philippe ROUGER، Les empreintes genetiques , Que sais – Je , PUF , No 3569 Ire: edition , 2000 , P. II et s

(٢) أنظر : د. نجوى منصور : تحاليل الـــ DNA في الطب الشرعي والتقصيات الجنائية، مجلة الطب الشرعي والعلوم الجنائية، العدد ٢، أيلول ٢٠٠١، ص ٤٢.

والبصمة الوراثية هي عبارة عن بيان بالخصائص والصفات الوراثية التي تسمح بالتعرف على الفرد. وهي تشبه بطاقة الهوية الشخصية، ولكنها لا تبين عناصر الحالة المدنية للشخص (الاسم، الكنية، الموطن، الأهلية، ...). وإنما تحدد صفاته الوراثية، فهي إذاً عبارة عن هوية شخصية وراثية للفرد. ومن المعروف علمياً أن الكائنات البشرية لا تشبه بعضها البعض، وإنما هي على أشكال متباينة ومختلفة.

وتظهر هذه التباينات خاصة من الناحية الوراثية وذلك على شكل طبائع وراثية مختلفة منها مثلاً: لون العينين، البشرة، الطول، درجة الذكاء. ولكن لا تبدو لنا هذه الطبائع الوراثية، على الأغلب، بالعين المجردة، وإنما تشكل اختلافات بيولوجية كيميائية على جزيء الـ ADN (هرمونات معينة، بروتينات...).

ويسمح تعدد الأشكال المتوضعة على جزيء الـ ADN بتمييز الأفراد. ومن هنا يمكن القول بأن كل فـرد يتمتع ببطاقة هوية وراثية خاصة به تميزه عن غيره من الأفراد، ويسمح انتقالها إلى الأجيال القادمة بإثبات النسب بين الأفراد.

يستخلص من ذلك أن البصمات الوراثية لها دوراً بارزاً في قضايا النسب في التشريعات الغربية (الفصل الأول). ولكن المشرع أحاط اللجوء إلى فحص البصمات الوراثية بضمانات قانونية عديدة لابد من مراعاتها (الفصل الثاني).

الفصل الأول
دور البصمات الوراثية في إثبات النسب

لقد اكتسبت البصمات الوراثية شهرتها في العام ١٩٨٦، وذلك عندما لجأت دائرة الهجرة البريطانية إلى تحليل الـ AND لتحديد البصمات الوراثية لشاب غيني للتأكد من نسبه من والدته التي كانت تقيم في بريطانيا، حيث كان الشاب يرغب في الالتحاق بها والهجرة إلى بريطانيا استناداً إلى القانون البريطاني الذي يجيز لمّ الشمل العائلي. ولكن دائرة الهجرة البريطانية كانت تشك في مزاعم الشاب، وفي علاقة النسب بينه وبين السيدة المقيمة في بريطانيا، وكانت تعتبر ادعاء الشاب كاذباً وصورياً، القصد منه الحصول على بطاقة الإقامة في بريطانيا، حيث كانت دائرة الهجرة تعتقد بأن السيدة المزعومة هي خالته وليست والدته. إلا أن عالم الوراثة البريطاني أليس جيفري استطاع أن يثبت صحة ادعاء الشاب، وبالتالي يقيم علاقة النسب بينه وبين السيدة المقيمة في بريطانيا، وذلك عن طريق تحليل الـ ADN لكل منهما، ومن ثمّ المقارنة بين نتائج العينتين. وفي هذه القضية لم تكن الاختبارات التقليدية التي تقوم على فحص الزمر الدموية، كافية لاثبات علاقة النسب المزعومة بصورة قطعية. وبالمقابل فإن تحليل الـ ADN للشاب وكذلك الـ ADN لسيدة المقيمة في بريطانيا قدما الدليل على إثبات النسب بشكل قاطع [1].

---

(١) د. بـرنارد نايـت، الجديد في الطب الشرعي، ترجمة د. ياسر سعيد، منشورات الرابطة السورية للطب الشرعي ص٧٨.

Elisabeth ADN, Un atout – maitre dans la rechereche de la verite , Le BURSAUX,De Louis xvll a Gregory , Le Monde 21 avril 2000.

وساهم هذا النجاح الذي حققه العالم أليس جيفري في إعطاء البصمات الوراثية شهرة دولية كبيرة، حيث أنها انتشرت في معظم أنحاء العالم، وعلى الأخص في القارتين الأميركية والأوربية.

وبفضل البصمات الوراثية تمَّ الكشف عن جرائم عديدة معقدة جداً. وكذلك ساهمت البصمات الوراثية في حل بعض الألغاز التاريخية.

فقد أثبتت البصمات الوراثية، على الرغم من مرور قرنين من الزمن، بأن الرئيس الأميركي توماس جيفرسون، أحد مؤسسي أمريكا، هو الأب الطبيعي لطفل أنجبه من أمة كان يملكها وأسمها سالي همينغاس، حيث كان علماء التاريخ من العرق الأبيض في أمريكا يرفضون هذا الأمر بصورة قاطعة، ولكن الجالية السوداء كانت مقتنعة منذ القرن التاسع عشر بأن توماس جيفرسون هو الأب الطبيعي لذلك الطفل.

وكذلك فقد استطاعت البصمات الوراثية أن تحل اللغز الذي كان يحيط بمصير العائلة القيصرية الروسية. لقد قام فريق بحث علمي روسي بريطاني باستخراج بقايا عظام القيصر نيكولا الثاني وأفراد عائلته من حفرة مشتركة كانوا قد دفنوا فيها في غابـة أيكا ترين بورغ " Ekaterin Bourg " حيث تمّ إعدامهم في ليلة ١٦- ١٧/ ١٩١٨/٧ م. وبعد استخراج العظام تمّ أخذ عينة ADN منها، وبعدها تمت المقارنة بين نتائج هذه العينة ونتائج عينة أخرى أُخذت من الفروع المباشرة للعائلة القيصرية. وتوصل هذا الفريق بعد المقارنة بين نتائج العينتين، في تموز من العام ١٩٩٣، إلى أن بقايا العظام التي تمّ اكتشافها في تلك الحفرة هي جزء من الهيكل العظمي للقيصر نيكولا الثاني، وزوجته الكسندرا وبناتهما أولغا وتانيانا وماريا، حيث كانت نسبة مصداقية وموثوقية هذه النتائج قد وصلت إلى ٩٩و٩٩٩%[1].

---

(١) أنظر جريدة لوموند الفرنسية، العدد الصادر في ١٩٩٣/٧/١٢.

وقد تمّ، عن طريق البصمات الوراثية، حل لغز من أكثر الألغاز إثارة في تاريخ فرنسا على الرغم من مرور مايزيد على مائتي عام على ذلك : وهذا اللغز هو تأكيد هوية لويس السابع عشر، وذلك في ١٩/٤/٢٠٠٠، حيث أثبت الخبراء أن الطفل المتوفى في سجن المعبد عام ١٧٩٥ هو لويس السابع عشر. وهو ابن لويس السادس عشر وماري انتوانيت. لقد اختفى هذا الطفل نتيجة الأحداث التي وقعت في العام ١٧٩٣. وقد أثبت العلماء ذلك عن طريق المقارنة بين عينة ADN مأخوذة من الطفل، وعينة ADN من ماري انتوانيت أُخذت من شعرها[١].

هذه القضايا الثلاث التي تمّ حلها وفك لغزها عن طريق البصمات الوراثية لا تعتبر فقط جزءً من الماضي المتقدم، وإنما هي أيضاً جزء من الحاضر، وذلك لأنها تمس الشعوب المعنية بها (الأميركي والروسي والفرنسي) في ذاكرتها الجماعية وفي أحاسيسها ومشاعرها.

وحديثاً، لقد وجد الرئيس الأميركي السابق بيل كلينتون، قبل أن يعترف بعلاقاته الجنسية مع مونيكا لوينسكي، نفسه تحت تهديد إجراء اختبار ADN، وذلك لأن مونيكا قدمت فستاناً عليه بقع وآثار سائل منوي ادعت بأنها الآثار المتبقية من علاقة جنسية سابقة مع بيل كلينتون. ونتيجة لذلك تمّ تحويل هذا الدليل إلى المخابر الجنائية المختصة لتحليل هذه البقع بمعرفة مكتب التحقيقات الفيدرالي (FBI) عن طريق الـــ ADN، وذلك لمعرفة ما إذا كانت هذه الآثار تنتمي إلى بيل كلينتون أم لا. فلم يجد الرئيس السابق بديلاً عن الاعتراف بعلاقاته الجنسية، وبالتالي الرجوع

(١) أنظر : Philllpe ROUGER، المرجع السابق، ص ١١٩.

عن الأقوال التي كان قد أدلى بها بصورة مسبقة والتي أنكر بموجبها أن تكون له أية علاقة جنسية مع مونيكا لوينسكي[1].

يتضح مما سبق أن البصمات الوراثية تلعب دوراً بارزاً في قضايا النسب، وخاصة في الدول الغربية. هذا الأمر دفع بعض المشرعين في هذه الدول إلى تكريس هذه التقنية كوسيلة من وسائل الإثبات. وظهر في هذا المجال تياران : الأول تيار واسع حيث يطلق مبدأ حرية الإثبات فيما يتعلق بالبصمات الوراثية، والثاني تيار مقيد حيث يحصر استخدام البصمات الوراثية في نطاق معين.

تكرس القوانين الغربية ثلاثة أنواع من النسب:النسب الشرعي والنسب الطبيعي والنسب عن طريق التبني. والقانون المدني الفرنسي خير مثال على ذلك، حيث خصص المشرع الفرنسي المواد ٣١٢ وحتى ٣٣٣ من هذا القانون للنسب الشرعي، والمواد ٣٣٤ وحتى ٣٤٢-٨ للنسب الطبيعي والمواد ٣٤٣ وحتى٣٧٠ - ٢ للنسب عن طريق التبني.

وقد نص القانون المدني الفرنسي أيضاً على دعاوى عديدة تتعلق إما بإثبات النسب أو بإنكاره.ومن حيث المبدأ يجوز إثبات النسب بكافة وسائل الإثبات، ومنها الأدلة العلمية وعلى رأسها البصمات الوراثية. وحرية الإثبات عن طريق البصمات الوراثية مقيدة بتوافر بعض الشروط الموضوعية والشكلية في بعض التشريعات الغربية.

في حين أن تشريعات أخرى أطلقت حرية الإثبات في هذا الخصوص.

---

(١) أنظـــر : د. إبراهيم صادق الجندي، الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٠، ص ٢٣٢.

المبحث الأول

مبدأ حرية اللجوء إلى اختبارات البصمات الوراثية

أجازت تشريعات غربية عديدة اللجوء إلى البصمات الوراثية بشكل خاص، والدليل العلمي بشكل عام، دون قيد أو شرط، منها مثلاً : القانون الأميركي، والقانون السويسري، والقانون الدانمركي، والقانون الانكليزي.

تقوم قواعد النسب في القانون الإنكليزي على أساس الحقيقة البيولوجية. وتلعب الأدلة العلمية دوراً بارزاً في دعاوى إثبات الأبوة أو إنكارها. ويجوز في القانون الإنكليزي، منذ صدور Law Reform Act في العام ١٩٦٩[1]، دحض قرينة شرعية أبوة شخص أو عدم شرعيتها عن طريق دليل آخر يثبت أن علاقة نسب أخرى مختلفة هي أكثر احتمالاً. ولا شك في أن الأدلة العلمية، ومنها البصمات الوراثية، تجعل من هذه الاحتمالية أمراً شبه أكيد.

ويوجد في القانون الإنكليزي، فيما يتعلق بالأدلة العلمية، طريقتان تحددهما إرادة الأطراف المتنازعة. فإذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على إجراء الخبرة الوراثية لتحديد البصمات الوراثية، فيمكن أن يتم هذا الأمر خارج نطاق القضاء،وهذا ما سنوضحه في الفرع الأول. أما إذا عارض أحد الطرفين في ذلك فلابد هنا من رفع الأمر إلى القضاء، وهذا هو موضوع الفرع الثاني.

---

(١) انظر فيما يتعلق بهذا القانون: Jacqueline FLAUSS – DIEM , Filiation et preuve scientifique en droit anglais…, Les Petites Affiches , 3 Mai 1995 , N 53 ,P.103

الفرع الأول
خارج نطاق القضاء

يستطيع الأب والأم، وفقاً للقواعد العامة للإثبات في القانون الإنكليزي، اللجوء بكل حرية إلى خبير يختارانه من أجل تحديد ما إذا كان الزوج هو الأب البيولوجي للطفل عن طريق تحاليل البصمات الوراثية لهم.

ويمكن اللجوء إلى هذه الخبرة خارج نطاق أية دعوى قضائية، فإذا توصلت الخبرة إلى نفي أبوة الزوج، فإن هذه الخبرة سوف تشل إمكانية رفع أية دعوى ضد الزوج بصفته أباً للطفل. وإذا تمّ الكشف عن هذه النتائج أثناء دعوى قضائية، فإنها تؤدي إلى حرمانه وفقده صفة الأب عن طريق الدم التي كان يتمتع بها بموجب سند، مثلاً شهادة الولادة [(1)].

أما إذا أثبتت الخبرة أبوة شخص، فإن النتائج التي تترتب على ذلك تختلف وفقاً لما إذا كان الأمر يتعلق بنسب قانوني "شرعي" أو بنسب طبيعي. فإذا كان الأمر يتعلق بالنسب القانوني، يستطيع الطفل أن يرفع دعوى إعلان شرعية النسب، ولا شك في أن المحكمة سوف تحكم بشرعية النسب وفقاً لنتائج تحاليل البصمات الوراثية. ويترتب على ذلك جميع الآثار المترتبة على النسب الشرعي.

---

(١) في هذه الحال إذا أراد هذا الشخص أن يحافظ على علاقته مع الطفل الذي تعلق به فيجب عليه، من باب الحيطة، أن يضفي على هذه العلاقة طابع قانوني، حيث يتوجب عليه رفع دعوى متمسكاً بقانون الطفل Children Act الصادر في العام ١٩٨٩ انظر المرجع السابق.

أما بالنسبة للنسب الطبيعي، فإذا كان الأب قد اعترف بالطفل كإبن له في شهادة ميلاده، أو ثبت أبوته بحكم قضائي، فيمكن للطفل أن يرفع دعوى قضائية لبيان حقيقة نسبه.

الفرع الثاني
في إطار دعوى قضائية

إذا رفض أحد الطرفين الخضوع للخبرة البيولوجية لتحليل بصماته الوراثية، لا بد في مثل هذه الحال من رفع الأمر إلى القضاء. والقانون الإنكليزي يمنح القاضي سلطة تقديرية في قبول طلب إجراء خبرة بيولوجية لتحليل البصمات الوراثية. ويجب أن تمارس هذه السلطة التقديرية بشكل يحقق مصلحة الطفل.

واستناداً على ذلك يستطيع القاضي أن يرفض طلب إجراء الخبرة إذا كانت الظروف لا تسمح في أن نشك بأبوة الشخص الذي يطلب إجراء هذه الخبرة. وواقع الحال في انكلترا يثبت أن القاضي يقبل طلب إجراء الخبرة المقدم من الزوج. في حين أن القاضي يظهر بعض التشدد في قبول الطلب المقدم من شخص يدعي أنه الأب البيولوجي لطفل يتمتع بنسب قانوني. فإذا تبين للقاضي أن طلب الخبرة المقدم من قبل شخص ثالث سوف يزعزع الوضع العائلي الذي عاش فيه الطفل حتى تاريخ النزاع، فإنه غالباً يقرر رد الطلب.

وفي الحقيقة إذا رفض الشخص الخضوع للخبرة البيولوجية، فلا يستطيع القاضي إكراهه على ذلك. في الواقع يتطلب القانون الإنكليزي لإجراء مثل هذه الخبرة توفر رضا الشخص. أما بالنسبة للقاصر الذي لم يبلغ السادسة عشـــــر من

عمره، فإن إجراء الخبرة عليه يتم بموافقة الشخص الذي ينفق عليه وله عليه حق الحضانة. وبالمقابل يحق للقاضي أن يستخلص من رفض الشخص الخضوع للخبرة جميع النتائج المترتبة على ذلك[1].

ويبدو أن القانون المدني في كيبك، المقاطعة الناطقة باللغة الفرنسية وذات الاستقلال الذاتي في كندا، يجيز إجراء الاختبارات الوراثية خارج نطاق القضاء شريطة توافر الرضا. في الواقع لا يتضمن القانون المدني في كيبك أي نص صريح يسمح بإثبات النسب عن طريق فحص الدم أو أي دليل علمي آخر. ولكن المادة ٣٥٥ من هذا القانون تنص على أن إقامة الدليل في دعاوى النسب يمكن أن يتم بكافة وسـائل الإثبات. ومع ذلك لا تقبل الشهادة إلا إذا وُجد مبدأ الثبوت بالكتابة، أو قرائن أو أدلة خطيرة مستخلصة من وقائع صريحة ثابتة بصورة مسبقة صريحة. والشهادة، وفقاً لنص المادة ٢٨٤٣[2] من القانون المذكور، هي تصريح يبين فيه شـخص ما الوقائع التي علم بها شخصياً، أو التصريح الذي يوضح فيه الخبير رأيه.

واستناداً على ذلك تخضع الخبرة الوراثية إلى قواعد الإثبات بالشهادة. ومع ذلك فإن البصمات الوراثية للشخص يمكن أن تشكل دليلاً يعتمد عليه لقبول الإثبات بالشهادة. ونتيجة لعدم وجود نص صريح ينظم كيفية اللجوء إلى البصمات الوراثية في القضايا المدنية في كيبك، تقوم المختبارت البيولوجية بإجراء اختبارات

---

(١) Jacqueline FLAUSS – DIEM , Filiation et preuve scientifique en droit anglais..., Les Petites Affiches , 3 Mai 1995 , N 53 ,P.103.

(٢) إشارة إلى نص هذه المادة السيدة ماري برات، انظر: Marie Pratte, L analyse genetique a des Fins de preuve et Les droits de l , homme , Bruylant , Bruxelles , 1997 , p.284.

البصمات الوراثية خارج نطاق أية دعوى قضائية. ويبدو أن القضاء لا يمانع في ذلك.

وحسب إحصائية قام بها مختبر Helix Biotech فإن نسبة ٢٠% من الاختبارات الوراثية في قضايا النسب يتم إجراءها خارج نطاق الدعاوى القضائية[١].

وكذلك الحال بالنسبة للقانون البلجيكي، حيث لم ينظم المشرع صراحة كيفية استخدام البصمات الوراثية في نطاق دعاوى النسب. والقضاء البلجيكي يطبق في هذا المجال القواعد العامة التي تطبق على هذه الدعاوى والمنصوص عليها في القانون المدني، وخاصة المادة ٣٣١-٨ التي تسمح للمحاكم أن تقرر، حتى من تلقاء ذاتها، إجراء فحص الزمر الدموية أو أي اختبار آخر ثابت وفقاً للمناهج العلمية. وتستغل المختبرات الطبية هذا النقص في القانون لتقوم بإجراء الاختبارات الوراثية خارج نطاق القضاء[٢].

---

(١) C. BERNARD et Catherine CHOQUETTE, Les incidences de l`identification genetique sur le droit de la filiation quebecois, in L`analyse genetique a des fins de preuve et les droits de l`homme, Bruylat, Bruxelles, 1997, P.367 et s.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن الاقتراح بقانون الذي قدم إلى مجلس الشيوخ البلجيكي في ١٩٩٢/٦/١٨ كان يتضمن نصاً يقضي أنه لا يمكن اللجوء إلى البصمات الوراثية بهدف تحديد هوية شخص إلا بناء على قرار إما صادر عن محكمة مدنية في نطاق دعوى متعلقة بالنسب تنظر فيها هذه المحكمة بصورة نظامية...، أو صادر عن قضاء جزائي (قاضي تحقيق أو قاضي حكم) في نطاق البحث عن مرتكبي الجنايات أو الجنح. أنظر في ذلك :

N.HUSTIN-DENIES, La preuve par les empreintes genetiques en droit belge de la filiation, in L`analyse genetique a des fins de preuve et les droits de l`homme, Bruylat, Bruxelles, 1997, P.336 et s.

المبحث الثاني
تقييد حرية الإثبات عن طريق البصمات الوراثية

ينتقد الفقه والقضاء في فرنسا بصورة مستمرة مبدأ حرية اللجوء إلى الدليل العلمي، وبصورة خاصة البصمات الوراثية، لذلك فقد أخضع المشرع الفرنسي الاثبات عن طريق البصمات الوراثية لقواعد صارمة. ورفض مبدأ حرية الاثبات عن طريق البصمات الوراثية يؤدي إلى تنظيم طريقة الاثبات بواسطة هذه الوسيلة. وهذا الأمر يتطلب أن يكون هناك سلطة حيادية تقرر متى وكيف يمكن اللجوء إلى البصمات الوراثية، وهذه السلطة هي القضاء (١).

تنص المادة ١٦- ١١ من القانون المدني الفرنسي على أنه لا يمكن اللجوء إلى تحديد الهوية عن طريق البصمات الوراثية إلا في نطاق دعوى قضائية كإجراء من إجراءات البحث والتحـــري أو التحقيق، أو لأغراض طبية أو لأغراض البحث العلمي.

وفي القضايا المدنية، لا يمكن البحث عن هذه الهوية إلا تنفيذاً لإجراء تحقيق أمر به القاضي الذي ينظر في دعوى تهدف إما إلى إثبات علاقة نسب أو نفيها، أو تهدف إلى الحصول على النفقة من أجل الطفل أو إلغائها.

---

(١) Dominique VIRIOT – BARRIAL , De l'identification d 'une personne par ses empreintes genetiques , in Le droit de la biologie humaine , Sous la direction de Alain SERIAUX , Ellipses , 2000 , P. 88 et s.

ويترتب على ذلك أنه لايجوز في القانون الفرنسي اللجوء إلى الخبرة لتحديد البصمات الوراثية طالما ليس هناك دعوى أمام القضاء. ولكن ماذا يقصد بمصطلح " دعوى قضائية ".

لقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٦-١١ من القانون المدني الفرنسي أنه لا يجوز اللجوء إلى تحاليل البصمات الوراثية، في القضايا المدنية، إلا في نطاق دعوى تهدف إما لإثبات علاقة النسب أو نفيها أو تهدف إلزام الأب بالإنفاق على الطفل، أو إلغاء هذه النفقة. ويبدو أن المشرع أراد أن يحصر اللجوء إلى البصمات الوراثية أمام المحاكم التي تنظر في موضوع الدعوى، وبالتالي لم يسمح لقاضي الأمور المستعجلة أن يقرر اللجوء إلى الخبرة البيولوجية التي تهدف إلى الحصول على البصمات الوراثية للأطراف المعنية.

ولكن يذهب البعض إلى أن قاضي الأمور المستعجلة، وإن كان لا يستطيع أن يقرر اللجوء إلى اختبارات الـ ADN لتحليل البصمات الوراثية، فإنه يستطيع أن يقرر أخذ عينات تسمح فيما بعد بإجراء تحاليل البصمات الوراثية. فمثلاً يستطيع قاضي الأمـــور المستعجلة أن يقرر بناء على طلب أخذ بعض العينات من جثة المتوفى قبل وفاته، وذلك لكي يتمكن صاحب الطلب عندما يرفع دعواه أمام المحكمة المختصة بالنظر في الموضوع أن يطلب إجراء تحاليل البصمات الوراثية للمتوفى[1].

يجب أن يكون الهدف من إجراء تحليل البصمات الوراثية في نطاق دعوى، تهدف إلى إثبات النسب أو نفيه، أو تهدف إلى الحكم بالنفقة أو إلغائها، هو البحث عن الحقيقة البيولوجية.

---

(١) Dictionnaire permanent, Bioethique et biotechnologies, Feuillets 26 (1 er Mai 2001) , N.37, P. 848 A).

ولكن قد يترتب على كشف الحقيقة البيولوجية، في بعض الحالات نتائج خطيرة جداً وخاصة بالنسبة للأمن العائلي. وهذا سبب آخر من الأسباب التي دفعت المشرع الفرنسي إلى تقييد حرية الإثبات عن طريق البصمات الوراثية. في الواقع هناك تصادم دائم بين القواعد القانونية التي تنظم النسب وبين التقدم العلمي في نطاق الدعوى الهادفة إلى إثبات الحقيقة البيولوجية.

ومن هنا فكل تقنية جديدة يمكن أن تؤثر على اثبات النسب لها أهميتها ولها دورها في تطوير القواعد القانونية المتعلقة بالنسب(١).

الفرع الأول
حرية إثبات النسب

لقد ميّز المشرع الفرنسي، في الحالات التي يجوز الرجوع فيها إلى الاختبارات الوراثية لتحديد البصمات، بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي.

الفقرة -١- النسب الشرعي:

تنص المادة ٣١٢ من القانون المدني الفرنسي على قرينة قانونية يمكن إثبات عكسها مفادها أن الزوج هو الأب الشرعي للطفل إذا تم الحمل أثناء الزواج. ولكن سمحت الفقرة الثانية للزوج أن ينكر أبوته لهذا الطفل أمام القضاء إذا أثبت أنه لا يمكن أن يكون الأب البيولوجي له ويمكن إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات، ومنها الخبرة البيولوجية لتحديد البصمات الوراثية. حيث تعتبر محكمة النقض الفرنسية

(١) أنظر : D. VIRIOT – BARRIAL، المرجع السابق، ص ١٩. وأنظر أيضاً :
F.DREIFUSS-NETTER, Empreintes genetiques et filiation, Etude (mise a jour le 24/11/2000) http://www.droit.univ-paris5.fr/

هذه الخبرة بمثـــابة مسألة قانونية في قضايا النسب، إلا إذا كان هناك باعث شرعي يمنع من إجرائها[1].

وكذلك يمكن للأم أن تدحض قرينة الأبوة المنصوص عليها في المادة ٣١٢ المشار إليها أعلاه بعد انحلال الزواج، و زواجها من الأب الحقيقي للطفل، وفقاً لما ذهبت إليه المادة ٣١٨ من القانون المدني الفرنسي.

ويتوجب على الأم في هذه الحالة أن تثبت ليس نفي أبوة الزوج الأول، وإنما عليها أيضاً أن تثبت صحة أبوة الزوج الثاني. وتستطيع الأم أن تثبت نفي أبوة مطلقها وصحة أبوة زوجها الثاني بكافة وسائل الإثبات ومنها البصمات الوراثية. وتلعب البصمات الوراثية، في هذه الحال، دوراً مهماً لإيجاد حل لتنازع الأبوة في هذه الفرضية.

وتقضي المادة ٣١٤ من القانون المدني الفرنسي بأن الولد الذي يولد قبل مدة ١٨٠ يوماً من الزواج يعتبر ولداً شرعياً ويعتبر كذلك منذ الحمل. ومع ذلك يستطيع الزوج أن ينكر هذا الطفل، وبالتالي ينكر أبوته له وفقاً لأحكام المادة ٣١٢ المشار إليها سابقاً. ويستطيع أيضاً ألا يعترف بالولد كابن شرعي له استناداً إلى تاريخ الولادة، إلا إذا كان على علم مسبقٍ بالحمل قبل الزواج، أو إذا تصرف بعد الولادة كما لو أنه الأب الشرعي للطفل.

ويجب على الزوج أن يرفع دعوى الإنكار خلال مدة ستة أشهر من تاريخ الولادة إذا كان حاضراً، أو خلال مدة ستة أشهر من تاريخ رجوعه إذا كان غائباً،

---

(١) أنظر قرار الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠٠٠/٣/٢٨، والمنشور في مجلة داللوز ٢٠٠٠، ص ٧٣١، تعليق GARE. وأنظر أيضاً : د.محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النســب، مجلــة الحقوق – جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول مارس ١٩٩٦، ص ٢٨١ وما يليها.

أو خلال مدة ستة أشهر من تاريخ اكتشاف الغش، إذا تم إخفاء ولادة الطفل عنه[1].

وإذا توفي الزوج قبل أن يرفع الدعوى ولكن مدة الستة شهور لم تكن قد انقضت، تستطيع ورثته رفع دعوى إنكار شرعية الطفل. ويمكن لهم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ومنها البصمات الوراثية[2].

الفقرة -٢- النسب الطبيعي :

يجيز القانون المدني الفرنسي إثبات الأبوة الطبيعية، خارج نطاق الزواج، قضائياً. ويمكن إقامة البينة على ذلك بكافة وسائل الإثبات شريطة أن يكون هناك قرائن وأدلة قوية (مثل الشبه بين الطفل والأب المزعوم ووقائع القضية ...)، هذا ما جاء في نص المادة ٣٤٢ من القانون المدني الفرنسي. استناداً إلى ذلك لا تكفي البصمات الوراثية وحدها لاثبات الأبوة الطبيعية، وذلك لأنه لايمكن اللجوء إليها إلا إذا كانت هناك قرائن وأدلة مسبقة حول أبوة المدعى عليه.

وبعد أن أقر القضاء الفرنسي استخدام البصمات الوراثية في نطاق دعوى النسب، وكرّس المشرع هذا الاجتهاد القضائي في القانون الصادر في١٩٩٤/٧/٢٩ والذي بموجبه أضاف المادة ١٦-١١ إلى القانون المدني والتي تسمح باللجوء إلى البصمات الوراثية في نطاق الدعوى القضائية، تضاعفت دعاوى البحث عن الأبوة الطبيعية في الفترة ما بين ١٩٩٢و ١٩٩٨ من ٤٧٤ دعوى إلى ٩١٠[3].

---

(١) انظر المادة ٣١٦ من القانون المدني الفرنسي.

(٢) ويمكن أيضاً اللجوء إلى فحص البصمات الوراثية لتحديد ذوي الطفل البيولوجيين، كما هو الحال مثلاً بالنسبة للدعوى التي يرفعها أهل الطفل لاثبات أنه قد وقع تبديل بين طفلهم وطفل آخر أثناء عملية الولادة. أنظر المادة ٣٢٢ – ١ من القانون المدني الفرنسي.

(٣) انظر جريدة لوموند الفرنسية، العدد الصادر في ١٩٩٩/٥/١٩.

كذلك الحال بالنسبة للمادة ٣٤١ من القانون المدني الفرنسي التي تكرّس دعوى إثبات الأمومة الطبيعية، في الحالات التي يجوز فيها ذلك قانوناً، ويمكن إثبات هذه الأمومة بواسطة البصمات الوراثية شريطة أن يكون هناك قرائن وأدلة قوية وخطيرة على تلك الأمومة ولا يمكن للقاضي أن يأمر بإجراء الخبرة البيولوجية لتحليل البصمات الوراثية إلا إذا كان يوجد في ملف الدعوى قرائن وأدلة كافية حول أمومة المدعى عليها. ويجب أن تكون هذه الأدلة والقرائن مستقلة عن الخبرة الوراثية[1].

ولكن غالباً ما يتم التحايل على أحكام القانون في هذا المجال، أي في نطاق دعوى البحث عن الأبوة الطبيعية، وذلك للتخلص من القيد القانوني المتعلق بوجود قرائن وأدلة قوية وخطيرة بصورة مسبقة حتى يمكن للقاضي أن يقرر اللجوء إلى الخبرة الوراثية لتحليل البصمات الوراثية. ويتم ذلك عن طريق رفع دعوى النفقة المنصوص عليها في المادة ٣٤٢ وما يليها من القانون المدني الفرنسي. حيث تسمح المادة ٣٤٢ من القانون المذكور لكل طفل طبيعي، وُلد خارج نطاق العلاقة الزوجية، ولم يستطيع إثبات نسبه من جهة الأب، أن يطالب بالنفقة الشخص الذي كان على علاقة بوالدته أثناء المدة القانونية للحمل. ويمكن للطفل أن يثبت هذه العلاقة بكافة وسائل الإثبات، ومنها البصمات الوراثية. ولا يشترط القانون هنا توافر أدلة أو قرائن مسـبقة. فإذا كانت نتائج هذه الخبرة الوراثية لتحاليل البصمات الوراثية إيجابية، يمكن الاعتماد عليها في نطاق دعوى أخرى وهي دعوى البحث عن الأبوة الطبيعية، حيث تشكل هذه النتائج الإيجابية أدلة مسبقة.

---

(١) انظر : D. VIRIOT – BARRIAL، المرجع السابق ص ٩٣ و٩٤.

ويقترح بعض الفقهاء الفرنسيين، في سبيل القضاء على هذا التحايل الذي يتم بشكل قانوني إطلاق حرية الإثبات في دعوى النسب، وبالتالي حرية اللجوء إلى اختبارات البصمات الوراثية لاثبات النسب لكي تكون الأحكام القانونية التي تنظم النسب أكثر انسجاماً[(1)].

الفرع الثاني

الموانع القانونية للبحث عن الحقيقة البيولوجية في قضايا النسب

سبق الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قيد حرية اللجوء إلى اختبارات البصمات الوراثية، واشترط أن يكون ذلك في نطاق دعوى قضائية. وفي نطاق قضايا النسب علّق المشرع الفرنسي إمكانية اللجوء إلى البصمات الوراثية، في بعض الحالات، على وجود أدلة وقرائن قوية بصورة مسبقة.

أضف إلى ذلك أن هناك حالات منع المشرع الفرنسي كشف الحقيقة البيولوجية فيها، وبالتالي فإنه منع اللجوء إلى اختبارات البصمات الوراثية لإظهار الحقيقة البيولوجية في قضايا النسب، وأهم هذه الحالات هي:

الفقرة -١- الولادة تحت اسم مجهول (حق الأم في عدم الإفصاح عن هويتها عند الولادة) :

أعطى القانون الفرنسي الصادر في ١٩٩٣/١/٨[(2)] المعدل لأحكام النسب الحق للأم بصورة صريحة أن تطلب، عند الولادة، أن يبقى أمر قبولها في المشفى سراً، وحقها في ألا تكشف عن هويتها. وتشكل هذه السرية مانعاً ينتج عنه عدم سماع

---

(١) Solange MIRABAIL , Les obstacles juridiques a la recherche de la verite biologique en matiere de filiation …, Dalloz ,2000,Doctrine ,P.146 .

(٢) lo loi no 22-93 du 5 jonvier 1993,jcp , 1993 , G 111 65905.

الدعوى التي تهدف إلى إثبات الأمومة. وحق الأم في عدم الكشف عن هويتها وبقاء هذا الأمر سراً لا يثير أي نقاش في فرنسا. وبالمقابل فإن منع الطفل من إثبات نسبه من أمه في حالة الولادة السرية بناء على طلب الأم هو مثار جدل فقهي مثير في فرنسا.

فالبعض يؤيد ذلك، وحجته هو أن الولادة السرية بناء على طلب الأم يؤمن لها حماية هي في أمس الحاجة إليها، ولا سيما وأنها في حالة شدة وضيق[(١)]. في حين أن البعض الآخر، ويشكل الغالبية، يرى أن النص القانوني المشار إليه والذي يكرّس الولادة السرية بناء على طلب الأم يخالف مصلحة الطفل وكذلك نصّ المادة (٧) من اتفاقية نيويورك حول حقوق الطفل لعام ١٩٩٠، والتي تنص على حق الطفل في معرفة أصوله[(٢)].

خلاصة القول : أن المادة ٣٤١-١ من القانون المدني الفرنسي تعطي الحق للأم في ألا تكشف عن هويتها عند الولادة، وأن تطلب أن تبقى تلك الولادة سراً. وهذه السرية تمنع الطفل بعد ذلك من رفع دعوى البحث عن الأمومة حتى لو كان يعرف من هي أمه، وبالتالي لا يحق له أن يطالب بإجراء اختبارات البصمات الوراثية لاثبات الأمومة في هذه الحالة. وهذا الأمر ينعكس أيضاً على نسبه من جهة الأب، حيث أنه لا يستطيع إثبات هذا النسب أيضاً.

---

(١) J. RUBELLIN_ DEVICHI , JCP 1993 , 1,N3659,N15.

(٢) Claire NEIRINCK accouchement, L le fait et le droit JCP 1996, G, Doctrine, 3922, p1540 sousX :

الفقرة -٢- الإنجاب المساعد طبياً (التلقيح الاصطناعي):

يميز القانون الفرنسي بين نوعين من الإنجاب المساعد طبياً. الأول يتم فيه التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، أما الثاني فيتم مع شخص آخر يتبرع بحيواناته المنوية، أو إذا كانت امرأة تتبرع ببويضاتها.

وفي حالة الإنجاب المساعد طبياً عن طريق تدخل شخص ثالث غريب عن الأسرة، تمنع المادة ٣١١-١٩ من القانون المدني الفرنسي إقامة النسب بين الطفل الذي يولد نتيجة هذه العملية وبين الشخص المتبرع أي الأب البيولوجي أو الأم البيولوجية للطفل. فلا يستطيع الطفل بعد بلوغه أو أحد والديه أن يرفع دعوى إثبات نسب الطفل من الشخص المتبرع الذي ساعد الزوجين على الإنجاب.

ولكن تنص المادة ٣١١-٢٠ من القانون المذكور صراحة على أن الأزواج أو الخلان الذين يلجأون، من أجل الإنجاب، إلى مساعدة طبية تقتضي تدخل شخص ثالث، يجب أن يعطوا بصورة مسبقة موافقتهم، ضمن شروط تضمن السرية، أمام القاضي أو الكاتب بالعدل الذي يجب أن يحيطهم علماً بالنتائج التي تترتب على تصرفهم هذا من ناحية النسب. وتمنع هذه الموافقة فيما بعد من رفع أية دعوى تهدف إلى إنكار النسب، إلا إذا ثبت أن الطفل لم يولد نتيجة هذه العملية المساعدة طبياً، أو أن الرضا كان غير منتج لآثاره، كما لو توفي أحد الزوجين قبل إجراء العملية، أو حصل الطلاق بين الزوجين.

إذاً في هذه الحالة لا يمكن إثبات النسب البيولوجي للطفل، وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى اختبارات البصمات الوراثية في مثل هذه الفرضية[1].

---

(١) Fredric SALAT-BAROUX , Les lois de bioethique, Dalloz, Paris, 1998, P. 74 et s..

الفقرة -٣- التبني التام أو الكامل:

يميز القانون المدني الفرنسي بين نوعين من التبني: التبني البسيط والتبني التام.

في التبني البسيط لا تنقطع علاقة المتبنى مع عائلته الأصلية، حيث يحافظ على صلاته معها وعلى نسبه الأصلي[1].

في حين أن التبني التام يعطي الطفل نسباً جديداً يحل محل نسبه القديم، حيث تنقطع علاقة المتبنى مع عائلته الأصلية البيولوجية[2].

وهنا أيضاً لا يجوز إثبات أي نسب آخر يعارض نسب الطفل الذي حصل عليه بالتبني. فلا يمكن اللجوء إلى البصمات الوراثية لاثبات عدم صحة هذا النسب بيولوجياً.

الفقرة -٤- النسب الشرعي الثابت بشهادة الميلاد وحيازة الحالة:

عندما تظهر الظروف المحيطة على أن الطفل الذي يعيش في كنف عائلة ما يُعامل معاملة الابن، واستمر ذلك فترة زمنية معينة دون أن يعارض أحد على تلك الحالة، فإن الطفل يكتسب حيازة تلك الحالة التي تمنحه الحق في النسب. وتقوم حيازة الحالة في القانون المدني الفرنسي بوظيفتين أساسيتين: الوظيفة الأولى هي وظيفة إثباتية، حيث أنها تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات في قضايا النسب. وتستطيع

---

(١) انظر المادة ٣٦٤ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن المتبنى يبقى عضواً في عائلته ويحافظ فيها على جميع حقوقه، وخاصة حقوقه الإرثية. وتطبق موانع الزواج المنصوص عليها في المواد ١٦١-١٦٤ من هذا القانون بين المتبنى وعائلته الأصلية.

(٢) انظر المادة ٣٥٦ من القانون المدني الفرنسي حيث استثنت الفقرة الثانية منها حالة تبني طفل أحد الزوجين من قبل الآخر، حيث تستمر علاقة النسب الأصلية بين الطفل وذلك الشخص، وتنتج هذه العلاقة آثارها بالنسبة لعائلة هذا الشخص أيضاً.

حيازة الحالة بمفردها أن تثبت وجود رابطة النسب الطبيعي، وأن تحل محل شهادة الميلاد عندما يتعلق الأمر بالنسب الشرعي[1].

وتشكل حيازة الحالة، في هذه الأحوال، قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بجميع وسائل الإثبات، ومنها اختبارات البصمات الوراثية.

أما الوظيفة الثانية لحيازة الحالة فهي تقوية ودعم رابطة النسب الثابتة بصورة مسبقة بشهادة الميلاد. وهنا لاتسمح حيازة الحالة بالوصول إلى الحقيقة البيولوجية، وذلك لأن المادة ٣٢٢ من القانون المدني نصت على أنه لا يجوز لأي شخص كان أن يطالب بحالة تخالف الحالة التي يتمتع بها بموجب شهادة الميلاد والحيازة المطابقة لهذه الشهادة. وكذلك لا يجوز لأي شخص أن يعارض حالة شخص يتمتع بحيازة مطابقة لشهادة ميلاده. إذاً لا يمكن في مثل هذه الحال، عندما تكون حيازة الحالة مطابقة لشهادة الميلاد، اللجوء إلى اختبارات البصمات الوراثية لاثبات عكس تلك الحالة.

---

(١) انظر المادة ٣٢٠ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه إذا لم يكن هناك شهادة ميلاد، فإن حيازة الحالة تكفي لاثبات النسب.

الفصـل الثـاني
ضمانات اللجوء إلى البصمات الوراثية

تخضع اختبارات البصمات الوراثية لضمانات عديدة أهمها الحصول على موافقة الأشخاص الذين يخضعون لهذه الاختبارات (المبحث الأول)، وحماية المعلومات الوراثية التي يتم الحصول عليها نتيجة هذه الاختبارات وعدم إفشائها (المبحث الثاني).

المبحث الأول
الرضـــا

تشكل الخبرة الوراثية، ومنها اختبار البصمات الوراثية، في نطاق القانون المدني اعتداءً على السلامة الجسدية للشخص، وذلك لأن إجراء الخبرة في هذه الحالة يحتاج إلى أخذ عينة من جسم الإنسان (دم، أنسجة، عضو، ...) فلا بد في مثل هذه الحال من الحصول على موافقة من يخضع لهذه الخبرة. وتختلف شروط هذه الموافقة وفقاً لما إذا كانت الخبرة ستجري على شخص حي أم على جثة ميت.

الفرع الأول
بالنسبة للأحياء

تعتبر حرمة الجسد البشري حقاً من حقوق الشخصية، ويمنع القانون الاعتداء على هذه الحرمة.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن، في هذا النطاق، هو معرفة ما إذا كان أخذ بعض العينات من جسد الشخص في إطار، دعوى متعلقة بالنسب، لإجراء اختبار البصمات الوراثية يشكل اعتداءً على سلامة الجسد البشري وتكامله. اختلفت التشريعات الغربية في تكييف هذه المسألة.

في فرنسا، كان الاجتهاد القضائي يذهب قبل صدور القانون المتعلق بأخلاقيات علم الأحياء (البيويتيك) في العام ١٩٩٤ إلى أنه يحق للشخص دائماً أن يرفض الخضوع للتحاليل الطبية، وذلك استناداً إلى مبدأ حرمة الجسد البشري[1].

ويبدو أن المشرع الفرنسي قد كرّس هذا الاجتهاد في القانون الصادر في ١٩٩٤/٧/٢٩[2] حول أخلاقيات علم الأحياء. لقد استلزم هذا المشرع، في المادة ١٦-١١ من القانون المدني، الحصول على الموافقة الصريحة والمسبقة للحصول على البصمات الوراثية لشخص ما في نطاق دعوى قضائية.

---

(١) انظر مثلاً القرار الصادر عن محكمة استئناف بوردو في ١٩٩٢/١/٩، والمنشور في مجلة داللوز، سنة ١٩٩٢، قسم الموجز، ص ٣١٧.

(٢) انظر Loi no 94 653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps huain , j o 30 juillet 1994.

يتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي رجّح في هذه الحالة مصلحة هذا الشخص على مصلحة الطفل في معرفة أصوله والبحث عن الحقيقة البيولوجية. ولا يستطيع القاضي، في حال رفض الشخص المعني الخضوع لهذه الخبرة، أن يرغمه على ذلك.

ولكن يستطيع القاضي أن يستخلص من هذا الرفض قرينة ضد الشخص المعني، وبالتالي يحكم عليه وفقاً لطلبات المدعي. ولا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه إلى هذا الرفض لوحده، وإنما يجب أن يكون هناك أدلة أخرى تضاف إليه[١].

وهذا ما هو عليه الحال في إنكلترا أيضاً، حيث يستطيع أحد أطراف الدعوى أن يرفض الخضوع للخبرة البيولوجية، تستلزم المادة ٢١ من القانون الصادر في العام ١٩٦٩ لإجراء مثل هذه الخبرة الحصول على الرضا المسبق للأشخاص المعنيين. ولا يستطيع القاضي إجبار الشخص على الخضوع للخبرة البيولوجية، وذلك احتراماً للحق في السلامة الجسدية[٢].

وكذلك الحال في كيبك، حيث لا يمكن إجراء خبرة بيولوجية في قضايا النسب دون توافر رضا الشخص الذي يجب أن يخضع لها. ويترتب على ذلك عدم قبول الدليل الذي تم الحصول عليه بالإكراه، أو عن طريق المفاجأة. وبالمقابل، يمكن أن يشكل رفض الشخص الخضوع لفحص البصمات الوراثية دليلاً ضده[٣].

---

(١) لقد جاء في قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية أنه يمكن لقضاة الموضوع أن يستخلصوا من رفض الزوج والمطلق الخضوع لاختبارات الدم المقارنة أبوة خليل المطلقة. أنظر القرار الصادر في ١٩٩٦/٣/٦ والمنشور في مجلة دالloz ١٩٩٦، ص ٥٢، تعليق LEMOULAND.

(٢) أنظر : FLAUSS-DIEM.J ، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(٣) M.-T.MEULDERS-KLEIN, Les empreintes genetiques et la filiation: La fin d`une enigme ou la fin des dilemmes? In L`analyse genetique a des fins de preuve et les droits de l`homme..., Bruylant, Bruxelles, 1997, P.417.

وبالمقابل فقد رجّحت تشريعات غربية أخرى حق الطفل في معرفة أصوله على حق الشخص في السلامة الجسدية. ومثال ذلك القانون الألماني. في الواقع، تُلزم المادة ٣٧٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الألماني كل شخص، وليس فقط الأطراف في الدعوى، أن يقبل الخضوع لأي اختبار بيولوجي. واستناداً على ذلك فإن اختبارات البصمات الوراثية يمكن أن يحكم بها القاضي إما من تلقاء ذاته أو بناءً على طلب الأطراف في الدعوى. وإذا رفض أحد الأشخاص الخضوع لهذه لاختبارات، تنص أحكام الفقرة الثانية من المادة ٣٧٢ وأحكام المادة ٣٩٠ من القانون المذكور على فرض عقوبة غرامة وحبس بحقه. وعند الاقتضاء يستطيع القاضي أن يكره الشخص على الخضوع لها[١].

في سويسرا، تنص المادة ٢/٢٥٤ من القانون المدني على أنه يُلزم الأطراف والغير أن يساهموا في إجراء الخبرة الضرورية لإظهار النسب الحقيقي، طالما أن الخضوع للخبرة لا يشكل خطراً على صحتهم. وفي حالة الرفض يقدر القاضي ذلك بحرية مطلقة. فإذا كان الرفض غير مبرر يستطيع القاضي أن يهدد الناكل بالغرامة وبالحبس. ولكنه لا يستطيع أن يجبره جسدياً على إجراء الخبرة. في الواقع، لا يقبل القانون السويسري الإكراه الجسدي في مثل هذه الحالة. ولكن تجيز المادة ٤١ وما يليها من قانون الالتزامات السويسري مطالبة من يرفض دون مبرر مشروع الخضوع للخبرة بالتعويض عن الضرر الذي سببه للطرف الذي يقع على عاتقه عبء الإثبات[٢].

---

(١) انظر: ANK, L'examen biologique sous la contrainte dans le cadre de l'etablissement de la filiation en droit allemand, R.I.D. comp. 1995, P.905.

(٢) M.-T. MEULDERS, KLEIN, les empreintes genetiques..., op.ci, P.418.

في بلجيكا، تعطي المادة ٣٣١-٨ (octies) من القانون المدني السلطة للقاضي في أن يقرر من تلقاء ذاته، أو بناء على طلب أحد الخصوم، إجراء اختبار الدم أو أي اختبار آخر وفقاً للمناهج العلمية الثابتة ولكن هذا لايعني أن القاضي يستطيع أن يفرض بالإكراه إجراء مثل هذه الاختبارات على من يرفض الخضوع لها.

في الحقيقة تمنع المبادئ العامة المتعلقة بحرمة الجسد البشري والحق في السلامة الجسدية إكراه أحد الأطراف على الخضوع لاختبارات تحاليل الدم أو أية اختبارات علمية أخرى.ويبدو أن مبدأ احترام السلامة الجسدية يرجح، في بلجيكا، أيضاً على إثبات الحقيقة البيولوجية. ولكن تستطيع المحاكم أن تستخلص من رفض أحد الأشخاص غير المبرر في الخضوع للخبرة البيولوجية القرائن التي تنسجم مع بقية الأدلة المبرزة في ملف الدعوى[1].

وبالنسبة للتشريعات التي تشترط توافر الرضا لإجراء اختبارات البصمات الوراثية، يجب أن يعبر الشخص المعني عن رضاه قبل الخضوع لهذه الاختبارات، أي بصورة مسـبقة لإجراء الخبرة البيولوجية. أما الرضا الذي يتدخل بعد الخضوع للخبرة، فيمكن أن يشكل تنازلاً من الشخص المعني عن حقه في المطالبة بالتعويض الذي كان من الممكن أن يطالب به.

أضف إلى ذلك أن الرضا يجب أن يكون صريحاً. و لا يعني ذلك أن يكون الرضا كتابة. وإنما يجب التعبير عن الرض صراحة، حيث يمكن أن يكون شفاهة أو كتابة. ولكن يشترط أن يكون التعبير عن الرضا ناتجاً عن تصرف إرادي.

---

(١) أنظـر : Nathalie HUSTIN-DENIES, La preuve par les empreintes genetiques en droit belge de la filiation, in L,analyse genetique a des fins de preuve et les droits de l,homme..., BRUYLANT, Bruxelles, 1997, P. 308 et s.

وكذلك يجب أن يفيد الرضا السماح بالاعتداء على السلامة الجسدية للشخص المعني عن طريق أخذ العينات اللازمة من جسده لإجراء اختبارات البصمات الوراثية[1].

ولكن ماذا لو تعلق الأمر بإجراء خبرة وراثية علىجثة شخص متوفى ؟

الفرع الثاني
في حالة الوفاة

تمتاز تقنية البصمات الوراثية بتنوع العينات التي يمكن أن تُجرى عليها الخبرة. وهذا الأمر أثار مشكلة حقيقية، في الدول الغربية التي تسمح بإجراء مثل هذه الاختبارات، تتعلق بمدى إمكانية إجراء الخبرة على عينة مأخوذة من جثة شخص ما. هل يجب في هذه الحال الحصول على الرضا؟ وإذا كان الجواب هنا إيجاباً، يثور السؤال حول الشخص الذي يجب الحصول على رضاه؟

في فرنسا أثارت قضايا عديدة، منذ صدور القوانين المتعلقة بأخلاقيات علم الأحياء في العام ١٩٩٤، مسألة ما إذا كان من الممكن إجراء خبرة وراثية على جثة شخص ما سواء قبل الدفن، أو بعد استخراج الجثة من القبر، حيث يمكن-نتيجة تطور العلوم وتقدمها- إجراء الخبرة الوراثية على الرغم من انقضاء سنين عديدة على الوفاة، ودون أن يؤثر هذا الأمر على صلاحية النتائج ومصداقيتها.

(١) أنظر: D.VIRIOT-BARRIAL المرجع السابق، ص ٩٧.

في الحقيقة، لم تتطرق القوانين المشار إليها في فرنسا بصورة صريحة لمسألة الرضا عندما يتطلب الرجوع إلى اختبارات البصمات الوراثية أخذ عينات من جثة شخص متوفى.

ولقد برزت هذه المشكلة بصورة واضحة في قضية الممثل والمغني الفرنسي الشهير إيف مونتان التي سلطت جميع وسائل الإعلام الأضواء عليها، وبالتالي ساهمت في إبراز هذه المشكلة إلى حيز الوجود، على الرغم من أن هذه القضية، لم تكن القضية الأولى التي تتعلق بمشكلة الرضا في حالة وفاة الشخص الذي يجب أن يخضع للخبرة البيولوجية[١].

ونظراً لأهمية هذه القضية يستحسن عرض ملخص لوقائعها. في العام١٩٩١ أقامت فتاة واسمها أورور دروسار دعوى على الممثل والمطرب الفرنسي الشهير إيف مونتان تدعي فيها أنها ابنته الطبيعية. لقد أنكر المدعى عليه أية علاقة نسب بينه وبين المدعية، وطلب ردّ الدعوى. ولكن المدعية طلبت من القاضي إجراء الخبرة على الزمر الدموية (تحاليل الدم) للأطراف المعنية (الأم الطبيعية، المدعية، المدعى عليه) [٢]. ولكن المدعى عليه رفض أثناء حياته الخضوع لاختبارات تحليل الزمر الدموية. ولقد استخلصت محكمة بداية باريس من هذا الرفض ومن قرائن أخرى

---

(١) أنظر مثلاً جريدة لوموند الفرنسية، العدد الصادر في ١٩/٥/١٩٩٩، وكذلك العدد الصادر في ٨/١١/١٩٩٧، وكذلك العدد الصادر في ١٣/٦/١٩٩٨.

(٢) في الحقيقة، لم تكن البصمات الوراثية قد اكتسبت شهرتها العالمية في بداية التسعينات من القرن الماضي، لذلك لم تطلب المدعية إجراء فحص البصمات الوراثية، وإنما طلبت إجراء فحص الزمر الدموية. ومن المعروف أن فحص الزمر الدموية كان يستخدم، قبل اكتشاف البصمات الوراثية، بشكل كبير في دعاوى إثبات النسب أو نفيه، وبصورة خاصة في الدعاوى المتعلقة بالنسب الطبيعي. ولا يمكن لفحص الزمر الدموية أن يؤكد بصورة قاطعة أبوة شخص، وإنما يمكن له أن يستبعد هذه الأبوة بشكل شبه يقيني، حيث أن نسبة الخطأ فيها متدنية جداً. فإذا كانت زمرة دم الأب المحتمل مطابقة لزمرة دم الطفل، فمن المحتمل أن يكون والده. أما إذا كانت الزمرة غير مطابقة فإن أبوته للطفل تستبعد بشكل شبه قاطع.

(وخاصة الشبه الكبير بين المدعية وبين إيف مونتان) دليلاً إيجابياً، وحكمت في ١٩٩٤/١١/٦ بأن المدعية أورور دروسار هي الابنة الطبيعية لإيف مونتان، وجاء هذا الحكم بمواجهة ورثة الممثل إيف مونتان الذي توفي قبل صدوره. ولم تقبل ورثة مونتان بهذا الحكم، فاستأنفته أمام محكمة الاستئناف. وقامت هذه المحكمة بإجراء خبرة ثانية بناء على طلب الورثة على الزمر الدموية لابن الممثل إيف مونتان وزوجته، وأخته، والمدعية أورور، ووالدتها الطبيعية، واستخلص الخبير في تقريره إلى أنه لا يمكن الجزم بأبوة إيف مونتان من هذه الخبرة، والسبب في ذلك غياب عينة دم الأب المحتمل (إيف مونتان). وانتهى الخبير في تقريره إلى أن الدليل القاطع على ثبوت الأبوة أو نفيها لا يمكن الحصول عليه إلا من دراسة خلايا أو نسيج مأخوذ من جثة إيف مونتان لتحديد بصماته الوراثية ومقارنتها مع البصمات الوراثية للمدعية ولوالدتها. لذلك قررت محكمة الاستئناف استخراج جثة الممثل إيف مونتان وأخذ عينة منها لإجراء الخبرة الوراثية على الـADN التابع له. ولكن المشكلة بالنسبة للمحكمة كانت مسألة الرضا، وذلك لأن المادة ١٦-١١ من القانون المدني تستلزم لاجراء الخبرة الوراثية على البصمات الوراثية الحصول على الموافقة المسبقة للشخص المعني.

وقد عللت المحكمة قرارها بأنه لا يمكن في هذه الحال تطبيق المادة ١٦-١١ من القانون المدني وذلك لأنها لا تطبق إلا بالنسبة للأحياء، فلا يمكن في هذه الحال الحصول على الموافقة المسبقة.واستندت أيضاً إلى عدم معارضة ورثة إيف مونتان في إجراء خبرة وراثية بعد استخراج الجثة من القبر إذا كان ذلك الإجراء ضرورياً. ورأت المحكمة أنه من مصلحة الأطراف الوصول قدر المكان إلى تأكيد بيولوجي،

وبالتالي إجراء خبرة مكملة على البصمات الوراثية، بعد استخراج الجثة، لتحديد ما إذا كان إيف مونتان هو الأب الطبيعي للمدعية أم لا[1]. وسبب القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الباريسية اختلافاً بين الفقهاء الفرنسيين. حيث ذهب البعض إلى تأييد هذا القرار، وبالتالي قال بإمكانية إجراء الخبرة الوراثية على شخصٍ متوفى لتحديد بصماته الوراثية[2].

وعارض البعض الآخر هذا القرار، حيث اعتبر أن مثل هذا الإجراء مخالف للاحترام الواجب للميت[3]. وقسم ثالث يقترح حلاً وسطاً وهو إمكانية إجراء

---

(١) أنظر : C.A.Paris, 6 nov.1997, Dalloz, 1998, 122, obs. Ph. MALAURIE; Dalloz, 1998, Somm., P. 161, obs. H. GAUMANT-PRAT; JCP. 1998, G, I, 101, note J. RUBELLIN-DEVICHI.

وقبل هذا القرار، كانت محكمة الاستئناف في Aix-en-Provence قد قررت في ١٩٩٦/٢/٨ أن تحديد هويـة شخص متوفى عن طريق بصماته الوراثية دون أن يوافق على ذلك صراحة، قبل وفاته، لا يمكن أن يخضع لتطبيق أحكام المادة ١٦-١١ الفقرة الثانية من القانون المدني، والمتعلقة بالرضا، وذلك لأن الحصول على رضا المتوفى يعتبر شرطاً مستحيلاً. ونتيجةً لسكوت القانون، فإنه يدخل في السلطة التقديرية للقاضي تقدير ما إذا كانت مصلحة الدعوى تبرر وفقاً لوقائعها اعتداءً على حرمة الجثة. وهذا ما هو عليه الحال في هذه القضية، حيث أن الشهادات والصور ووصية المتوفى المبرزة في ملف الدعوى تشكل قرائن جدية حول أبوته مما يبرر إجراء الخبرة الوراثية على بصماته الوراثية.

C.A. Aix-en-Provence , 8 fev. 1996 , Dr. fam. 1996, N. 2 , obs. MURAT.

(٢) أنظر في هذا المعنى : J. MASSIP, note sous C.A.Paris, 26 nov. 1997; Defrrenois, 1998, art. 36753 J.RUBLLIN-DEVICHI, JCP., 1998, G, I, 101

(٣) أنظـر : Ph. MALAURIE, note sous C.A.Paris, 6nov.1997, D. 1998, P.222; DFENOUILLET, J.-Cl. Civil, Art. 16 a 16-12, fasc.32, N.40; Marie- Isabelle MALAUZAT, Le droit face aux pouvoirs des donnees genetiques, P.U. d, Aix-en-Provence, 2000, P.155, N.319.

حيث ترى هذه المؤلفة أن واقعة استبعاد تطبيق شرط الرضا المنصوص عليه في المادة ١٦-١١ من القانون المدني بحجة أنه يصبح شرطاً مستحيلاً أمر غير مقنع وذلك لسببين. السبب الأول هو أن عدم تطبيق هذه المادة يؤدي إلى حدوث شرخ عميق بين الأحياء الذين يخضعون للحماية التي تضمنها حقوق الشخصية، وبـين الأموات الذين لا يتمتعون بأية حماية. و السبب الثاني هو أن إيف مونتان كان يرفض أثناء حياته الخضوع لفحص الزمر الدموية، وكان هذا الرفض يعتبر سبباً كافياً لعدم اللجوء إلى فحص البصمات=

الخبرة الوراثية على جثة شخص بعد الاستماع إلى أقوال أفراد عائلة المتوفى[1].

في الحقيقة تثير مسألة إجراء الخبرة الوراثيـــة على جثة الميت تنازعاً بين حقين وهما: الحق في احترام حرمة الجثة، وحق الطفل في معرفة أصوله. ويبدو من قرار محكمة الاستئناف الباريسية أن الاجتهاد القضائي في فرنسا يرجّح حق الطفل في معرفة أصوله على الحق في احترام حرمة الجثة، واحترام إرادة المتوفى[2].

ومن أهم الانتقادات التي وجهها الفقه للقرار الصادر عن محكمة الاستئناف الباريسية، هو عدم احترامها لإرادة المتوفى. في الواقع لقد رفض المدعى عليه في هذه الدعوى، أثناء حياته، الخضوع لاختبارات فحص الدم. وبعد إجراء الخبرة الوراثية

= الوراثـــية، ومـــع ذلك لم يأخذ القضاة هذا الرفض بعين الاعتبار. مما جعل قرارهم في هذا الشأن عرضة لانـــتقادات عديـــدة. في الواقـــع، إذا كنا نريد أن نعلل إجراء الخبرة الوراثية على جثة الميت قياساً على القواعـــد التي تطبق على اقتطاع الأعضاء من الجثث، المبدأ هو الرضا المفترض : فمن لم ينبت ببنت شفة وبقي ساكناً أثناء حياته يعتبر موافقاً على الاستفادة من جثته بعد مماته. أما إذا كان الشخص قد عبّر أثناء حياته عن رفضه في التبرع بجثته بعد وفاته، فيستحيل عندئذ الاستفادة منها.

(١) أنظر : P. CATALA, La jeune fille et la mort, Dr.fam., decembre 1997, P.4.

(٢) حـــرمة الجـــثة، في القـــانون الفرنسي، هي من حيث المبدأ مصونة. تعاقب المادة ٢٢٥-١٧ من قانون العقوبات الفرنسي على الاعتداء على حرمة الجثة بالحبس لمدة سنة وبغرامة مقدارها ١٠٠٠٠٠ فرنك.

ونـــص القانون الفرنسي في مواضع عدة على احترام إرادة المتوفى. في الواقع، لا يجوز أخذ جثة شخص لأغراض علاجية أو علمية إذا كان المتوفى قد عبّر أثناء حياته عن رفضه لذلك إما في سجل وطني مؤتمت، أو أفصـــح عـــن رغبته تلك لأفراد أسرته. أما إذا لم يصدر عنه مثل هذا الرفض أثناء حياته، عندئذ يحق لـــلجهات المعنية أن تأخذ جثته وتستفيد منها سواء لأغراض علمية أو لأغراض علاجية. ويفسر المشرع الفرنســـي، في هـــذه الحال، سكوت الشخص على أنه يحمل معنى القبول. ولكن المنطق القانون السليم يقضـــي بأنـــه في حالة عدم توافر شرط الرضا صراحة أو ضمناً بالتبرع بالجثة، لا يجوز للجهات المعنية الاستيلاء عليها. ولكن المشرع الفرنسي ذهب عكس هذا المنطق القانوني تماماً، حيث قرر أنه إذا لم يكن هـــناك رفض صريح أو ضمني بالتبرع بالجثة، عبّر عنه المتوفى أثناء حياته، فإنه يجوز أخذ الجثة للاستفادة مـــنها إمـــا لإجراء التجارب العلمية أو لأغراض علاجية. وتبرير ذلك هو حاجة العلم لمثل هذه الجثث وندرة التبرعات في هذا المجال ... ومنذ فترة لا بأس بها تقوم السلطات المختصة في فرنسا بتوزيع بطاقات على المواطنين والمقيمين على أرضها ليعبروا عن إرادتهم فيما إذا كانوا يرغبون التبرع بأي عضو من=

على جثة إيف مونتان توصل الخبراء إلى أن المدعى عليه لا يمكن أن يكون الأب الطبيعي للمدعية، حيث كانت نتائج فحص البصمات الوراثية سلبية.

أما إذا كان المتوفى، أثناء حياته، لا يعارض في إجراء الخبرة الوراثية فإن المحكمة تستطيع أن تستند على موافقته لكي تقرر بعد مماته إجراء الخبرة على جثته. وعلى الرغم من ذلك فإن المحاكم لا تستند على هذه الموافقة في قراراتها التي تسمح فيها بإجراء الخبرة على جثة الميت. وإنما تبرر ذلك على أساس السلطة التقديرية للقاضي في بيان ما إذا كانت مصلحة الدعوى تبرر الاعتداء على حرمة الجثة[1].

وقد أراد المشرع الفرنسي أن يضع حداً لهذا الجدال، فتدخل ليعدل المادة ١٦-١١ من القانون المدني. في الواقع، لقد صوتت الجمعية الوطنية الفرنسية في القراءة الأولى، على مشروع القانون الذي يهدف إلى إعادة النظر في القوانين المتعلقة بأخلاقيات علم الأحياء في الشهر الأول من العام ٢٠٠٢[2]. يضيف مشروع القانون المذكور إلى المادة ١٦-١١ الفقرة الثانية جملة مفادها: أنه إذا عارض الشخص صراحة أثناء حياته في إجراء الخبرة الوراثية لتحديد البصمات الوراثية، فإن ذلك يشكل عائقاً يمنع إجراء مثل هذه الخبرة بعد وفاته.

= أعضاء جسدهم بعد الوفاة، أو أنهم يرفضون التبرع بها. فإذا لم يكن الشخص يحمل معه هذه البطاقة أثناء وفاتـــه، ولم يكـــن قد صرّح لأحد أفراد أسرته أنه يرفض التبرع بجثته بعد مماته لإجراء تجارب عليها، أو لأخذ بعض الأعضاء منها لأغراض علاجية، يمكن للسلطات المعنية أن تستولي على هذه الجثة للاستفادة منها في تلك المجالات

(١) أنظر: C.A.DIJON, 15 sep.1999, D. 2000, Jur. P. 875, note B.BEIGNIER; TGI. Orleans, 18 oct. 1999, D.2000, Jur. P. 620, note B.BEIGNIER.

(٢) أنظر موقع الحكومة الفرنسية على الإنترنت :

http://www.legifrance.gouv.fr/,Actualite

وكذلك موقع الجمعية الوطنية الفرنسية :

http://www.assemblee-nationale.fr/

ومشروع القانون الفرنسي يكرس هنا رأي اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان الصادر في ١٩٩٨/٣/٢٦حول الأبوة وحقوق الإنسان وعلاقتها مع التقدم العلمي والتقني، حيث جاء فيه أنه إذا كان من الممكن إجراء فحص الـADN على جثة شخص ميت، فإن اللجنة تتمنى أن يشكل الرفض الصريح والقاطع الذي عبّر عنه الأب أثناء حياته عائقاً لإجراء مثل تلك الاختبارات[١].

ويبدو أن مصلحة الطفل في معرفة أصوله ترجح في القانون البلجيكي أيضاً على احترام حرمة الجثة[٢]. واستناداً إلى ذلك يمكن إجراء الخبرة الوراثية على جثة المتوفى، وذلك بعد استخراجها من القبر، للحصول على بصماته الوراثية وبالتالي مقارنتها مع البصمات الوراثية للطفل ولوالدته الطبيعية لاثبات علاقة الأبوة أو نفيها. وقرار إجراء الخبرة يعود لى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[٣].

(١) أنظر : Dictionnaire permanent, Bioethique et Biotechnologiques, bulltin N.61, 1998, P.8503-8504.

(٢) أنظر : N.HOUSTIN-DENIES, La preuve par les empreintes genetiques en droit belge de la filiation, op. Cit., P.330 et s.

(٣) القانون البلجيكي الصادر في ١٩٨٦/٦/١٣ والمتعلق باقتطاع الأعضاء وزرعها يكرّس مبدأ الرضا المفترض، حيث ينص على أنه يمكن الاستفادة من الجثث لأغراض علمية أو علاجية شريطة أن لا يكون المتوفى قد عبّر عن رفضه أثناء حياته في التبرع بأعضاء جثته، إضافة إلى ذلك يمكن لذوي المتوفى أن يعارضوا في اقتطاع الأعضاء من جثة قريبهم إذا لم يكن هذا الأخير قد صرّح صراحة عن رغبته في التبرع بأعضاء جثته أثناء حياته.

المبحث الثاني
حماية المعلومات الوراثية

تحتوي البصمات الوراثية على بيان بالخصائص الوراثية للشخص، وبالتالي تسمح هذه الخصائص والصفات بالتعرف عليه. وفي نطاق القانون المدني تسمح هذه المعلومات الوراثية بإثبات علاقة النسب أو نفيها. وقد ميز بعض الفقهاء بين نوعين من المعلومات الوراثية: معلومات وراثية أساسية، ومعلومات وراثية ثانوية. النوع الأول هو ذو صفة بيولوجية وهذه المعلومات هي عبارة عن الرسالة التي ترسلها المورثة إلى الخلية. أما النوع الثاني فهو الذي يهم رجل القانون وذلك لأنه يقدم المعلومات التي يمكن من خلالها تحديد هوية الشخص[(١)].

ولقد اختلف الفقهاء الفرنسيين حول تحديد الطبيعة القانونية للمعلومة. فالبعض يعتبرها بمثابة شيء، وبالتالي فإنها تشكل عنصراً من عناصر الذمة المالية للإنسان، ويترتب على ذلك أن المعلومة تشكل محلاً لحق الملكية. وقسم آخر يعتقد بأن المعلومة هي حق من حقوق الشخصية [(٢)].

ويضمن المشرع الفرنسي للمعلومة الوراثية حماية قانونية. وتبدو هذه الحماية من خلال المبدأ العام المتعلق بالحق في الحياة الخاصة، وكذلك من خلال عدم إفشاء السر المهني.

---

(١) أنظر : M.-I.MALAUZAT, Le droit face aux..., op. Cit., N.352 et s., P. 171 et s.

(٢) أنظر حول هذا الخلاف :- D.VIRIOT - BARRIAL, De l,identification d,une personne..., op.cit., P.100.

الفرع الأول
الحق في الحياة الخاصة

تنص المادة (٩) من القانون المدني الفرنسي على أن كل شخص له الحق في احترام حياته الخاصة. ويمكن للقضاة اتخاذ، دون الإضرار بإصلاح الضرر الواقع، كافة التدابير الخاصة التي من شأنها أن تمنع أو توقف اعتداءً وقع على الحياة الخاصة. وإذا كان هناك استعجال، يمكن لقاضي الأمور المستعجلة أن يتخذ مثل هذه التدابير(١).

في الواقع، يشكل إجراء فحص البصمات الوراثية لشخص ما دون علمه اعتداءً على حرمة حياته الخاصة، وذلك لأن مثل هذا الفحص يمكن أن يؤدي إلى تحديد هويته، وكذلك إلى كشف معلومات متعلقة بأبوته.

الفرع الثاني
عدم إفشاء السر المهني

تنص المادة ٢٢٦-١٣ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد على أنه يعاقب على إفشاء معلومة ذات طابع سري من قبل شخص مؤتمن عليها سواء بسبب وضعه أو بسبب مهنته، أو بسبب وظيفته أو بسبب مهمة مؤقتة كُلِّف بها، بالحبس لمدة سنة وبغرامة مقدارها ١٠٠٠٠٠ فرنك فرنسي.

(١) لقد كرست المادة ٨ من الاتفاقية الأوربية لحماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان الحق في الحياة الخاصة، وكذلك الحال بالنسبة للمادة ٤ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي تضمن الحق في الحياة الخاصة.

واستناداً إلى ذلك لا يستطيع الطبيب الشرعي الذي يجري فحص البصمات الوراثية، أو الشخص الذي يعمل في مختبر للتحاليل الطبية أن يفشي محتوى المعلومات الوراثية التي حصل عليها. في نطاق دعوى قضائية (جزائية أو مدنية) يستطيع فقط أن يبين التطابق أو عدم التطابق بين العينات التي أجرى عليها الاختبارات الوراثية. وعليه أن يوضح ذلك في تقريره الذي يوجهه إلى المحكمة التي كلفته بهذه المهمة. وخارج نطاق القضاء، لا يحق له إفشاء نتائج هذه الاختبارات للغير[1].

وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم ٩٤-٦٥٣، تاريخ ١٩٩٤/٧/٢٩ والمتعلق بأخلاقيات علم الأحياء، لم يدخل في القانون المدني الفرنسي أحكاماً خاصة تهدف إلى حماية المعلومة الناتجة عن تحديد هوية شخص عن طريق بصماته الوراثية. ولكن قانون العقوبات الفرنسي يتضمن قواعد عامة يمكن تطبيقها في هذا المجال، وخاصة أحكام المادة ٢٢٦ –٢٨، الفقرة الثانية. حيث تنص هذه المادة على أنه يعاقب على نشر معلومات متعلقة بتحديد هوية شخص عن طريق بصماته الوراثية بالحبس لمدة سنة وبغرامة مقدارها ١٠٠٠٠٠ فرنك فرنسي.

---

(١) أنظـر : N.-J.MAZEN, Tests et empreintes genetiques: du flou juridique au pouvoir scientifique, Petites Affiches, 14 dec.1994, N.149, P.73.

الخاتمـــة :

عندما اكتشف أحد القضاة الأميركيين اختبارات الأبوة المطبقة في ألمانيا في السبعينات من القرن الماضي، أكّد أنه يجب أن تعتبر مسائل النسب من الآن فصاعداً مشكلة طبية أكثر من كونها مشكلة قانونية[1].

واكتشاف البصمات الوراثية، التي تعتبر أحد أهم مواضيع الطب الشرعي الحديث، يؤكد صحة هذه المقولة.

لقد أظهرت هذه الدراسة أن البصمات الوراثية تمنح بعداً جديداً لإمكانية اكتشاف الحقيقة البيولوجية، حيث تلعب هذه البصمات دوراً كبيراً في إثبات النسب في التشريعات الغربية. وبيّنت هذه الدراسة وجود اتجاهين أساسيين في هذه التشريعات من حيث إمكانية اللجوء إلى فحص البصمات الوراثية في دعاوى النسب. الاتجاه الأول وهو اتجاه حر، حيث أنه أطلق حرية الإثبات عن طريق فحص البصمات الوراثية الذي يمكن اللجوء إليه خارج نطاق القضاء، أو في إطار دعوى قضائية. وهذا هو اتجاه القانون الإنكليزي.

أما الاتجاه الثاني فهو اتجاه مقيد، حيث لا يجوز إثبات النسب عن طريق البصمات الوراثية إلا في نطاق دعوى قضائية، مثل ما هو عليه الحال في القانون الفرنسي، وكذلك في القانون الألماني.

وهناك قوانين أخرى لم تتطرق صراحة إلى إمكانية اللجوء إلى البصمات الوراثية خارج نطاق القضاء. والممارسة العملية تثبت إمكانية اللجوء إلى مثل هذه

---

(١) أنظر : M.-T.MEULDERS-KLEIN, Les empreintes genetiques et la filiation: La fin d,une enigme ou la fin des dilemmes?, in L,analyse genetique…, op.cit., P.39.

الاختبارات في ظل غياب نص قانوني صريح يمنع ذلك. ومثال ذلك القانون البلجيكي والقانون المدني في كيبك، المقاطعة ذات الاستقلال الذاتي في كندا. وبالتالي فإن هذه التشريعات تصنف مع الاتجاه الأول، وهو الاتجاه الحر.

ولكن في كلا الاتجاهين لا يشكل إثبات الحقيقة البيولوجية الغاية الوحيدة للقواعد القانونيـــة التي تنظم إثبات النسب. ففي بعض الحالات يمنع القانون إظهار هذه الحقيقة، وبالتـــالي يمنع إثباتها عن طريق فحص البصمات الوراثية. ونجد، في مثل هذه الحالات، أن الحقيقة القانونية التي تعكس الحقيقة الاجتماعية العاطفية، تعرقل الوصول إلى الحقيقة البيولوجية مستندة في ذلك على دعم القانون لها. ويكرس القانون، في بعض الأحيان، مكانة مهمة للحقيقة الاجتماعية العاطفية في إطار القواعد الناظمة لاثبات النسب. وأهم المبررات التي تدفع المشرع إلى ترجيح الحقيقة الاجتماعية العاطفية، التي تعبر عنها الحقيقة القانونية، على الحقيقة البيولوجية هي مصلحة الطفل وخاصة الحفاظ على توازنه النفسي، وكذلك المحافظة على استقرار العائلة وأمنها.

وقد أوضحت هذه الدراسة أيضاً بأن فحص البصمات الوراثية يشكل خطراً على حقوق الإنسان، وخاصة الحق في حرمة الجسد وفي السلامة الجسدية، والحق في احترام الحياة الخاصة. لاشك أن الأدلة العلمية، وخاصة فحص البصمات الوراثية، تساعد على تحديد علاقة النسب الأكثر يقيناً من الناحية العلمية والبيولوجية، في حالة تنازع النسب. ولكن هذه الاختبارات أو الأدلة العلمية ليس لها أي دور في تحديد النسب الأكثر نفعاً للطفل، هل هو النسب البيولوجي ؟ أم هو النسب القانوني المعاش بشكل يومي ؟ ...

كل هذه الأسباب تبرر تقييد مبدأ حرية الإثبات عن طريق فحص البصمات الوراثية في نطاق قضايا النسب، وحصره في إطار دعوى قضائية حتى يتمكن القاضي من ممارسة رقابته على هذه الوسيلة من وسائل الإثبات. ويجب أن يترك أمر اللجوء إلى فحص البصمات الوراثيـــــة إلى تقدير القاضي الذي يقرر ذلك بعد إجراء المقارنة بين الحقوق المتنازعة.

وأخيراً ما هو موقف التشريعات العربية من مسألة إثبات النسب عن طريق البصمات الوراثية.

أحكام النسب في التشريعات العربية مستمدة من الشريعة الإسلامية.و لم تتطرق قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية و منها سورية حسب معلوماتي المتواضعة في هذا المجال إلى البصمات الوراثية أو التحليل الجيني. القانون الوحيد الذي استطعت العثور عليه والذي يسمح باللجوء إلى التحليل الجيني لإثبات النسب هو القانون التونسي رقم ٧٥ تاريخ ١٩٩٨/١٠/٢٨ والمتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب، وقد جاء في الفصل الأول من هذا القانون على أنه ((. . . . يمكن للأب أو للأم أو للنيابة العمومية رفع الأمر إلى المحكمة الابتدائية المختصة لطلب إسناد لقب الأب للطفل الذي يثبت بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بواسطة التحليل الجيني أن هذا الشخص هو أب ذلك الطفل)).

ولكن سكوت المشرع لم يمنع القضاء في بعض الدول العربية من اللجوء إلى البصمات الوراثية.فالقضاء اللبناني مثلاً يقبل إثبات النسب عن طريق البصمات الوراثية. جاء في قرار صادر عن محكمة الفرقة الابتدائية الثالثة في جبل لبنان في دعوى إثبات نسب الطفلة استيفاني أنه : ((حيث أنه بات من المعلوم أن فحوصات

الـــA D N تتناول ليس مجرد عينات الدم وإنما الخصائص الوراثية للإنسان بحيث يمكن أن تعطي دلالة واضحة ومؤكدة حول ما يسمى البصمات الوراثية التي لا تدع مجالاً للشك حول هوية والدي الطفلة. وهذا النوع من الفحوصات، ومع تطور التجارب المخبرية في هذا المجال، أصبح من الممكن الركون إليه بثقة شبه مطلقة في مسألة إثبات النسب...

وحيث أنه لو سلمنا جدلاً بأن هذه الفحوصات غير كافية لإثبات النسب، وهذا غير صحيح، إلا أن نتائج هذه الفحوصات مقرونة بالقرائن المبينة في متن هذا القرار بما فيه إفادة الطبيب وإقرار المدعى عليه بحصول مداعبات مع المدعية، والأمر هو أكثر من ذلك على ما يتبين من ظروف النزاع، يصبح من البديهي القول بأن المدعى عليه هو أبو الطفلة ستيفاني ويقتضي إثبات نسبها منه ....))[1].

أما بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة، فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في إمكانية إثبات النسب أو نفيه عن طريق البصمات الوراثية. وعرض هذه الآراء يستحق تخصيص بحث آخر له. ولكن أود أن أنوه، في هذا النطاق، أن القرارات الصادرة عن المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة نصت على أنه لا يمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في مجال نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان.

---

(١) القـــرار رقـــم ٧٨ تـــاريخ ٢٠٠٠/٤/١٣أشار إليه القاضي وليد عاكوم : البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنظم من قبل كلية الشريعة والقانون في جامعـــة الإمارات العربية المتحدة، ٥-٧ أيار ٢٠٠٢، والمنشور في المجلد الثاني من أبحاث المؤتمر، ص ٥٤٢. وهذا القرار منشور في مجلة العدل للعام ٢٠٠٠، العدد الرابع، ص ٥٤١ مع تعليق للمحامي عبده جميل غصوب. وسبق لقاضي التحقيق الأول في جبل لبنان أن قرر اللجوء إلى إثبات نسب الطفلة ناتالي دباس، التي توفيت في ظروف غامضة، عن طريق الـــ ADN، حيث جاء في قراره الصـــــــــادر في ١٩٩٩/٢/٥ أن تحليل الـــ ADN أثبت بشكل جازم نسب الطفلة من أبيها. المرجع نفسه ص ٥٤٣.

مراجع البحث

أولاً – باللغة العربية :

١. د. إبراهيم صادق الجندي : الطب الشرعي في التحقيقات الجنائية، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٠ م.

٢. أرنست ماير : هذا هو علم البيولوجيا، ترجمة د. عفيفي محمود عفيفي، سلسلة عالم المعرفة، العدد ٢٧٧، يناير ٢٠٠٢.

٣. د.برنارد نايت : الجديد في الطب الشرعي، ترجمة د. ياسر سعيد، منشورات الرابطة السورية للطب الشرعي.

٤. د. محمد محمد أبو زيد : دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، مارس ١٩٩٦ ، ص ٢٢٣ وماليليها.

٥. مات ريدلي : الجينوم، ترجمة د. مصطفى إبراهيم فهمي، سلسلة عام المعرفة، العدد ٢٧٥، نوفمبر ٢٠٠١.

٦. د. نجوى منصور : تحاليل الـ DNA في الطب الشرعي والتقضيات الجنائية، مجلة الطب الشرعي والعلوم الجنائية – مجلة علمية دورية تصدر عن الرابطة السورية للطب الشرعي، العدد ٢، أيلول ٢٠٠١.

٧. القاضي وليد عاكوم : البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٥-٧ أيار ٢٠٠٢.

ثانياً - باللغة الفرنسية :

1- Claire BERNARD et Catherine CHOQUETTE, Les incidences de l`identification genetiquw sur le droit de la filiation quebcois, in L`analyse genetique a des fins de preuve et les droits de l`homme, Bruylant, Bruxelles, 1997.

2- Elisbeth BURSAUX, De Louis XVII a Gregory, l`ADN, un atout-maitre dans la recherche de la verite, Le Monde, 21 avril 2000.

3- Dictionnaire permanent, Bioethique et biotechnologies, edition Legislatives.

4- Jacqueline FLASS-DIEM, Filiation et preuve scientifique en droit anglais.., Petites Affiches, 3 mai 1995, N.53, P. 103.

5- R, FRANK, L`examen biologique sous la contrainte dans le cadre de l`etablissement de la filiation en droit allmend, RTD. Comp, 1995, P.905.

6- Jean-Claude GUILLEBAUD, Nouvelles menaces: L`homme en voie de disparition? Le Monde diplomatique, Aout 2001.

7- Nathalie HUSTIN-DENIES, La preuve par les empreintes genetiques en droit belge de la filiation, , in L`analyse genetique a des fins de preuve et les droits de l`homme, Bruylant, Bruxelles, 1997.

8- N.-J.MAZEN, Tests et emoreintes genetiques: du flou juridique au pouvoir scientifique, Petites Affiches, 14 dec.1994, P.73.

9- Marie-Isabelle MALAUZAT, Le droit face aux pouvoirs des donnees genetiques, P.U. d`Aix-en-Provence, 2000.

10- Solange MIRABAIL, Les obstacles juridiques a la recherche de la la verite biologique en matiere de filiation..., Dalloz, 2000, Doc., P. 146.

11- Claire NEIRINCK, L`accouchement sous X: le fait et le droit, JCP., G, Doc., 3922, P. 154.

12- Philippe ROUGER, Les empreintes genetiques, Que sais-Je, PUF, N.3569, 1re edition, 2000.

13- Fredric SALAT-BAROUX, Les lois de bioethique, Dalloz, Paris, 1998.

14- Dominique VIRIOT-BARRIAL, De l`identification d`une personne par ses empreintes genetiques, in Le droit de la biologie humaine, sous la direction de Alain SERIAUX, Ellipses, 2000.

ثالثاً : مواقع على الانترنيت :

1- http://www.droit.univ-paris5.fr/

2- http://www.legifrance.gouv.fr/

3- http://www.assemblee-nationale.fr/

ارتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الوضعي

المستشار/علي عدنان الفيل مستشار قانوني
الأستاذة/ ميامي علي جلميران حقوقية

ملخص البحث:

تُعد نظرية ارتباط الجرائم وتداخل العقوبات من الإنجازات المهمة لواضعي أسس ومفاهيم التشريع الجنائي الحديث، كما أنهما وجهان لعملة واحدة، لذلك كان لابد من تسليط الضوء على مفهوم ارتباط الجرائم وسرد لشروط هذا الارتباط مع توضيح معرفة الشريعة الإسلامية منه والتشريع الجنائي الوضعي، ولابد من بيان حكم ارتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الوضعي وماهية إجراءات وقواعد المحاكمة عند ارتباط الجرائم.

المقدمة:

منذ بدء الخليقة ساد المفهوم القائل بأن كل جريمة أو فعل مخالف أو شاذ غير مألوف خارج عن النهج المألوف لدى الناس يقابله عقوبة أو جزاء، وغالباً ما يكون ذلك الجزاء من جنس العمل، فلو ارتكبت جريمة قتل يعاقب مرتكبها بالقتل وإذا ارتكبت جريمة سرقة فيعاقب مرتكبها برد ما سرقه مع عقوبة جزائية أخرى وهكذا إذا ارتكبت جريمتان من نفس المجرم فيعاقب عن تينك الجريمتين وينفذ العقوبات بالتعاقب حتى وان امتد به تنفيذ العقوبات امد حياته ولا يمكن بأي حال من الأحوال دمج تلك العقوبات أو الاستعاضة باحداها بدلاً من الأخريات.

إلا أن هذا الأمر لم يأت بالنتائج المرجوة لانه يؤدي إلى تعطيل عدد لا بأس به من أفراد المجتمع ويحمل الدولة تكاليف تتمثل بإطعام السجناء وكسوتهم وغيرها[1]، مما حدا بعلماء القانون الجنائي في القرن الماضي إلى إيجاد طرق وأنظمة بديلة هدفها إصلاح المجرم من جهة وردع الغير من جهة أخرى وكان من جراء ذلك ظهور نظام جب العقوبة من جهة وفكرة ارتباط الجرائم من جهة أخرى حيث خضعت العقوبة للكثير من التهذيب والتلطيف بتطور الحضارة والمجتمعات والذي استوجب أن تحدد العقوبة وفق معايير جسامة الجريمة والمنفعة المرجوة من العقوبة.

وفي ظل مدرسة الدفاع الاجتماعي توجهت العقوبة إلى شخص المجرم لغرض إزالة الخطورة الإجرامية منه. لذا، وضعت للعقوبة ضوابط وقيود تحد من الإفراط فيها وتبرز البعد الإنساني لها ومن هذه القيود عدم تعدد العقوبات بتعدد الجرائم. فالسياسة الجنائية الحديثة التي تؤكد على ضرورة معالجة أسباب الخطورة الإجرامية لدى المجرم من خلال منهج إصلاحي داخل المؤسسة الإصلاحية بغية إعادة المحكوم

---

(١) راجع في تفصيل مساوئ وعيوب عقوبتي (الحبس والسجن) الواردة في كتاب أ. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، جـ١(القسم العام)، ط٣، القاهرة: ١، مطبعة المدني، ١٩٦٣، ص٧٣٢-٧٤٠.

إلى حظيرة المجتمع الذي يحتاج إلى طاقاته تتنافى مع تعدد العقوبات التي يقضيها المحكوم دون أمل في العودة إلى أسرته(1).

ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية عرفت من يوم وجودها نظرية ارتباط الجرائم وسمتها بتداخل الجرائم، إلا أن نظرة الشريعة الإسلامية لارتباط الجرائم تختلف كليا عن نظرة التشريع الجنائي الوضعي الحديث كما سنرى ذلك لاحقاً.

ولغرض تسليط الضوء على مفهوم ارتباط الجرائم وبيان ماهيته وتمييزه عما يشتبه به من نظم قانونية جنائية وبإجراء دراسة مقارنة بين حكم الشريعة الإسلامية مع التشريعات الجنائية الوضعية، فقد تم تقسيم الدراسة إلى أربعة مباحث، تناولنا في المبحث الأول مفهوم الجرائم المرتبطة في ثلاثة مطالب، تم تخصيص المطلب الأول لتعريف الجرائم المرتبطة والمطلب الثاني لبيان الأساس الذي تقوم عليه فكرة ارتباط الجرائم وفي المطلب الثالث لتمييز ارتباط الجرائم عن بعض النظم القانونية الجنائية المشابهة له. والمبحث الثاني أفردناه لبيان شروط ارتباط الجرائم في مطلبين، أولهما خصصناه للشريعة الإسلامية وثانيهما للتشريع الجنائي الوضعي وفي المبحث الثالث تم توضيح حكم ارتباط الجرائم أي الآثار التي تترتب على تحققها في مطلبين كذلك، أولهما في الشريعة الإسلامية وثانيهما لحكم التشريع الجنائي الوضعي وفي المبحث الرابع سلطنا الضوء على إجراءات وقواعد المحاكمة عند ارتباط الجرائم.

(1) طه خضير عباس القيسي، الجب والعقوبة، مقالة منشورة في جريدة العراق بتاريخ ٢٤/٣/١٩٩٠، ص٤.

المبحث الأول
مفهوم ارتباط الجرائم

لابد وقبل الولوج والخوض في دراسة أي فكرة كانت من تعريفها وتحديدها لكي يسهل على القارئ الكريم تفهمها ثم نتعرف الى الاساس الذي تقوم عليه فكرة ارتباط الجرائم وبعد ذلك نتولى تمييز ارتباط الجرائم عن بعض المفاهيم القانونية الجنائية التي تتقارب مع فكرة ارتباط الجرائم.

عليه فقد تم تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب، سنتولى تعريف الجرائم المرتبطة في المطلب الاول وبيان الاساس الذي ترتكز عليه في المطلب الثاني، وفي المطلب الثالث تمييز ارتباط الجرائم عما يشتبه به من نظم قانونية جنائية.

المطلب الأول
تعريف الجرائم المرتبطة

مصطلح الجرائم المرتبطة معروف لدى الفقهاء المسلمين حيث كانوا يسمونها بتداخل الجرائم (الحدود) ويعرفونها بأنها اجتماع الحدود المتجانسة (متماثلة السلوك) قبل استيفاء الحق من أي منها، فيكتفى بحد واحد (تداخل العقوبات) بغض النظر عن عدد مرات ارتكاب الشخص لجنايته[1].

---

(١) انظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى ٥٨٧هـ، جـ٧،ط٢، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٦، ص٦٢-٦٣ وشرح فتح القدير للعاجز الفقير، الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفي ٨٦١هـ، جـ٤، ط١، بولاق مصر المحمية: المطبعة الكبرى الأميرية، ١٨٩٥، ص٢٠٨ في الفقه الحنفي. والمغني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله =

أما في التشريع الجنائي الوضعي، فمن خلال استقراء النصوص الجزائية يمكن القول بأن الجرائم المرتبطة عبارة عن تلك الجرائم التي يتوقف ارتكابها -سلفاً- على ارتكاب جرائم أخرى بحيث يتعذر ارتكاب الجريمة الثانية (اللاحقة) إلا بعد ارتكاب الجريمة الأولى (السابقة) كاختلاس رواتب الموظفين عن طريق التزوير في قوائم الرواتب وقيام الطبيب بسرقة بعض الأعضاء البشرية لأحد المرضى عن طريق قتله.

وبمراجعة أحكام القضاء الجنائي المصري ذات الصلة بارتباط الجرائم نجد بأن محكمة النقض والإبرام المصرية حددت معنى ارتباط الجرائم بأنها تلك الأفعال المادية المسندة إلى متهم واحد المكونة لمجموعة من الجرائم مرتبطة ببعضها ارتباطاً لايقبل التجزئة (الانقسام) يجعلها في الواقع جريمة واحدة معاقباً عليها بعقوبة واحدة[1]. أما القضاء الجنائي العراقي، فنجد أن محكمة التمييز العراقية قد حددت مفهوم ارتباط الجرائم بمجموعة واحدة من الجرائم ذات الأفعال المتعددة مرتبطة ببعضها ارتباطاً لايقبل التجزئة هدفها تحقيق غرض جنائي واحد تتم محاكمة المتهم فيها بدعوى واحدة ويعاقب بأشد العقوبات[2].

وتتميز الجرائم المرتبطة عن الجريمة المستمرة أو المتتابعة ففي الأخيرة الجريمة واحدة حيث أن أفعال الاستمرار والتتابع ما هي إلا تعبير عن قصد جنائي (تصميم إرادي) واحد (infractions collectives par L!unite du but) كحمل وحيازة السلاح بدون إجازة والسرقة على دفعات، بينما الجرائم المرتبطة عبارة عن جرائم متعددة متنوعة أو متماثلة إلا أنها ذات قصد جنائي واحد، كما وتتميز عن جريمة

ابـــن أحمد الخرقي المتوفي ٣٣٤هــ، الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد ابن محمود بن قدامة المتوفى ٦٣٠هــ، بيروت: دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ١٩٧٢، ص ١٩٧-١٩٨ في الفقه الحنبلي.

(١) انظر جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج٥ (عقوبة- قتل- جرح وضرب) ، بيروت : دار إحياء التراث العربي، ١٩٧٦، ص٢١٨-٢٢٠.

(٢) انظر قرارات محكمة التمييز العراقية التي سنوردها لاحقاً في معرض الدراسة.

العادة التي تتكون من عدة أفعال لاتكون بذاتها جريمة مستقلة كالاقراض بفائدة تزيد على الحد المقرر قانوناً بينما نجد أن الجرائم المرتبطة عبارة عن أفعال مادية يكون كل فعل بذاته جريمة مستقلة. وكما تختلف عن الجريمة المركبة التي تتكون من أكثر من جريمة تكون إحداها عنصراً فيها أو ظرفاً مشدداً لها وعادة مايدمج المشرع الجنائي الوضعي هذا النوع من الجرائم معتبراً إياها جريمة واحدة مقرونة بظرف مشدد delit) qualifie) فهي تتركب من عدة أفعال مادية، إلا أن مجموعها يسبغ عليه القانون وصفاً جرمياً كالقتل المقترن بجناية أو جنحة والسرقة بإكراه أو المقرونة بالكسر وغيرها[1].

المطلب الثاني
أساس ارتباط الجرائم

نعالج في هذا الجزء من البحث ما كان يدور في مخيلة المشرع الجنائي عند وضعه وتنظيمه لما يعرف بارتباط الجرائم والحكمة المتوخاة والفائدة المرجوة من العمل به في الشريعة الإسلامية ثم في التشريع الجنائي الوضعي.

أقامت الشريعة الإسلامية فكرة ارتباط الجرائم أو كما سمتها (إجمالاً) بتداخل الجرائم على أساسين وهما:

الأساس الأول: إن الجرائم إذا تعددت (تكررت) وكانت من جنس واحد كزنا أو قذف أو سرقة أو قتل متعدد أو سرقة وحرابة فكلاهما من جنس (نوع) واحد وإن اختلفت أركانهما أو زنا من محصن وزنا من غير محصن فكلاهما زنا ففي

(١) د. محمـد زكي أبو عامر ود. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات (القسم العام)، بيروت: الدار الجامعـية للطباعة والنشر، ١٩٨٤، ص ٣٧٨ وجندي عبد الملك، مصدر سابق، ص ٢٢٦-٢٢٧ ود. محمـد محـي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه، ط٣، القاهرة : مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٩، ص١٣٦.

مثل هذه الحالات تتداخل العقوبات ويجتزئ عنها أشد العقوبات تكون واجبة التنفيذ(١)، والسبب أن العقوبة شرعت بقصد التأديب والزجر وعقوبة واحدة تكفي لتحقيق هذين المقصدين فلا حاجة إذن لتعدد العقوبات طالما أن عقوبة واحدة تكفي لإحداث أثرها في ردع المجرم ومنعه من العودة للجريمة وإذا كان من المحتمل أن يعود المجرم إلى مسلك الجريمة، فإن هذا الاحتمال من الناحية العقلية والمنطقية وحده لا يكفي طالما لم يثبت قطعاً أن العقوبة لم تُؤد غرضها، فإذا ثبت هذا الاحتمال بأن عاد للجريمة فعوقب عنها ثم عاد لها بعد ذلك فقد وجب أن يعاقب على جريمته الأخيرة لأنه تبين على وجه لا يقبل الشك فيه أن العقوبة الأولى لم تكن زاجره ولا رادعة للمجرم(٢).

الأساس الثاني: أن الجرائم إذا تعددت وكانت من أنواع مختلفة فإن العقوبات تتداخل ويجزئ عن الجرائم كلها عقوبة واحدة ولكن على شرط أن تكون العقوبات المقررة لهذه الجرائم قد وضعت لحماية مصلحة واحدة فمن تناول ميتة ودماً ولحم خنزير عوقب على هذه الجرائم الثلاث بعقوبة واحدة لأن عقوباتها جميعاً وضعت لغرض واحد هو حماية صحة الفرد والجماعة(٣).

وأكثر من ذلك فالفقهاء في مذهب المالكية يرون أن عقوبة الشرب تتداخل مع عقوبة القذف ومن ثم فلا يعاقب المجرم على الجريمتين إلا بعقوبة واحدة وحجتهم في

---

(١) ويرى بعض الشافعية أن المجرم لو سرق سرقة عادية ثم قطع الطريق فلا تقطع يده للسرقة العادية بل يقتل لقطع الطريق فالسرقة العادية (البسيطة) من نوع قطع الطريق وإن كانت أقل درجة حتى ليسمى قطع الطريق بالسرقة الكبرى والسرقة العادية بالسرقة الصغرى. وكذلك إذا زنا شخص قبل أن يحصن ونفذت به عقوبة الجلد قبل أن تنفذ به عقوبة التغريب ثم زنا ثانية كفاه تغريب واحد وكذلك إذا زنا غير محصن ثم زنا بعد إحصانه وقبل تنفيذ عقوبة الجلد دخل الجلد في الرجم لأن أساس امتناع التغريب والجلد تطبيق لنظرية التداخل أنظر عبد القادر عودة، مصدر سابق، جـ١، ص٧٥١.

(٢) أ. عبد القادر عودة، مصدر سابق، جـ١، ص٧٤٨.

(٣) أ. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، جـ٢(القسم الخاص)، ط٢، القاهرة: مطبعة المدني، ١٩٦٤، ص٤٤٣.

ذلك أن الغرض من العقوبتين واحد لأن من شرب هذى ومن هذى افترى وقذف فعقوبة الشرب وضعت لمنع الافتراء، ولكن المذاهب الأخرى كالحنابلة والحنفية والشافعية تخالف مذهب مالك في هذه الحالة لأن عقوبة القذف أريد منها حماية ووقاية أعراض الناس بينما عقوبة الشرب أريد منها حماية ووقاية عقول الناس ومن ثم فكلاهما وضعت لغرض يخالف الغرض الذي وضعت له العقوبة الأخرى. ويرى بعض المالكية أن التداخل بين عقوبة الشرب وعقوبة القذف لا يرجع إلى وحدة الغرض منهما بل يرجع إلى اتحاد مقدارهما أي اتحاد الموجب أي أن موجب كل من الحدين ثمانون جلدة فإذا أقيم على أحدهما سقط عنه الآخر ولو لم يقصد عند إقامة الحد إلا واحداً فقط ثم ثبت انه شرب أو قذف فإنه يُكتفى بما ضرب له عما ثبت، ولكن ليس لهذا الرأي صدى في بقية المذاهب[1].

بينما تقوم فكرة ارتباط الجرائم في التشريع الجنائي الوضعي الحديث على فلسفة مفادها (ليس كل العقوبات المحكوم بها واجبة التنفيذ بل أشدها) وذلك لأن تنفيذ العقوبة الأشد يتضمن في نفس الوقت تنفيذاً حكمياً للعقوبة الأخف كما وأن تنفيذ العقوبات – وخاصة السالبة للحرية- بالتعاقب قد يحولها إلى عقوبات أبدية ومن ثم تنتفي الغاية المرجوة من العقوبة، كما أن المنطق يقضي بأن لا يعاقب المجرم في حالة ارتباط الجرائم على كل جرائمه ولو أن ارتكابه لهذه الجرائم المتعددة يدل على ميوله الإجرامية، لأنه عندما عاد لارتكاب الجرائم لم يكن قد عوقب على أية جريمة سابقة وأخذ درساً عنها، فهو يختلف من هذه الوجهة عن المجرم العائد الذي سبق عقابه وأنذر بهذا العقاب أن يسلك سلوكاً مستقيماً كما سنرى لاحقاً[2]. لذلك وجدت قاعدتان جنائيتان أخذت بهما التشريعات الجنائية وهما:

---

(١) أ. عبد القادر عودة، مصدر سابق، جـ١، ص٧٤٨.

(٢) أنظر ص١١.

١. قاعدة جمع العقوبات: وتعني جمع عقوبات كافة الجرائم المرتكبة من المجرم، إلا أن التشريعات اختلفت فيما بينها بتقييدها بحد أقصى من عدمه وذلك في اتجاهين:

الاتجاه المطلق: ويمثل النظرة القديمة للمجرم، ومقتضاه إيقاع كافة العقوبات المحكوم بها على المجرم وتنفيذها بصورة متعاقبة وقد أخذ بها التشريع الجنائي الإنكليزي والأمريكي، إلا أنه يأخذ على هذا الاتجاه الإفراط في العقاب لأن الجمع بين العقوبات قد يؤدي إلى أن تبلغ العقوبة حداً مفرطاً في الشدة ولهذا نجد أن التشريعات الجنائية قد اعتمدت هذا الاتجاه في الجرائم البسيطة (المخالفات) كقانون العقوبات اللبناني والعراقي والأردني والتونسي والسوري والعماني والليبي[١]، وعلق قانون العقوبات السوداني تعدد عقوبة الغرامة على عدم فداحة مقدارها[٢].

الاتجاه المقيد: ويمثل النظرة الحديثة للمجرم، حيث تم وضع حد أقصى للعقوبات وقد أخذ به قانون العقوبات العراقي فنص في الفقرة (أ) من المادة (١٤٣) منه "إذا ارتكب شخص عدة جرائم ليست مرتبطة ببعضها ولا تجمع بينها وحدة الغرض قبل الحكم عليه من أجل واحدة منها، حكم عليه بالعقوبة المقررة لكل منها ونفذت جميع العقوبات عليه بالتعاقب على أن لا يزيد مجموع مدد السجن أو الحبس التي تنفذ عليه أو مجموع مدد السجن والحبس معاً على خمس وعشرين

---

(١) نصت المادة (٢٠٧) من قانون العقوبات اللبناني "تجمع العقوبات التكديرية حتماً" والفقرة (د) من المادة (١٤٣) من قانون العقوبات العراقي بقولها "تنفذ جميع عقوبات الغرامة ...مهما تعددت..." والفقرة (٤) من المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني "تجمع العقوبات التكديرية حتماً" والمادة (٢٠٦) من قانون العقوبات السوري "تجمع العقوبات التكديرية حتماً" والفصل (٥٧) من قانون العقوبات التونسي "العقوبات المالية لا تضم لبعضها بعضاً" والشطر الأول من المادة (٩٢) من قانون الجزاء العماني "لا تخضع لقاعدة الإدغام العقوبات التكديرية المحكوم بها في جرائم من نوع القباحة بل تنفذ جميعها على التوالي..." والمادة (٤٩) من قانون العقوبات الليبي "تتعدد العقوبات بالغرامة دائماً...".

(٢) د. محمد محي الدين عوض، مصدر سابق، ص١٣٨.

سنة"[١]. وأجاز قانون العقوبات اللبناني للقاضي (المحكمة) الجمع بين العقوبات الأصلية في الجرائم من نوع الجنح والجنايات وحسبما يتراءى له من ظروف الدعوى وشخصية المجرم مع مراعاة القيد المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة (٢٠٥) منه "إلا يزيد مجموع العقوبات المؤقتة على أقصى العقوبة المعينة للجريمة الأشد إلا بمقدار نصفها"[٢]. بينما حددها قانون العقوبات المصري بعشرين سنة إذا كانت العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة وأن لا تزيد مدة السجن أو مدة السجن والحبس معاً على عشرين سنة وأن لا تزيد مدة الحبس على ست سنوات[٣]. وترجع العلة في تقرير هذه القيود على قاعدة جمع العقوبات إلى تفادي وتجنب مساوئ جمع العقوبات ومن ثم تتحول العقوبات المؤقتة إلى مؤبدة من الناحية العملية[٤].

٢. قاعدة إدغام العقوبات: وهي على نقيض القاعدة الأولى حيث يحكم بعقوبة لكل جريمة، إلا أن هذه العقوبات لا تجمع، بل ينفذ الأشد منها، وترجع العلة في تقرير هذه القاعدة إلى أن تنفيذ العقوبة الأشد يتضمن في الوقت نفسه تنفيذاً حكمياً للعقوبات الأخف[٥]. وقد أجمعت التشريعات الجنائية -محل الدراسة- على

---

(١) بعــد أن كانت سابقاً لا تزيد مدتها عن عشرين سنة وحسب ما ورد في العبارة الأخيرة من المادة (٣٨) مــن قــانون العقوبات العراقي السابق (البغدادي الملغى) "...ويجب أن لا يزيد مجموع مدة العقوبات المتعاقبة سواء كانت بالأشغال الشاقة أو الحبس عن عشرين سنة" انظر كامل السامرائي، قانون العقوبات البغدادي وتعديلاته وذيوله موحداً، بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٦٢، ص٥٤.

(٢) تقابلها الفقرة (٢) من المادة (٢٠٤) من قانون العقوبات السوري والفقرة (٢) من المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني والشطر الثاني من المادة (٨٩) من قانون الجزاء العماني.

(٣) في حــين نجــد أن المشــرع الجنائي الليبي نص في المادة (٤٨) من قانون العقوبات على انه "إذا ارتكب الشــخص جرائم متعددة قبل الحكم عليه في جريمة منها وتعددت عقوبات السجن أو تجمعت عقوبات سجن وحبس وجب أن لا تزيد العقوبة مجتمعة على ثلاثين سنة، وإذا تعددت عقوبات حبس وجب أن لا تزيد على عشر سنوات".

(٤) د. ماهــر عــبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ط١، موصل: دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٠، ص٤٩٩.

(٥) د. محمد زكي أبو عامر ود. علي عبد القادر القهوجي، مصدر سابق، ص٣٨٤.

اعتمادها وهي قانون العقوبات الأردني والعراقي والمصري والسوري واللبناني والمغربي والجزائري والتونسي والسوداني والليبي[1].

وقد قيل بخصوص هذه القاعدة انه يؤخذ عليها التهاون والتفريط، فإذا ما ارتكب إنسان مجموعة جرائم فيعاقب بعقوبة الجريمة الأشد حصراً دون غيرها من العقوبات ومن ثم يكون في حل من الجرائم ذات العقوبة الخفيفة غير الشديدة.

لذلك فقد خلصت معظم التشريعات الجنائية إلى الأخذ بتلك القاعدتين سوية فهي تجيز الجمع بين العقوبات على أن لا يتجاوز مجموعها حدا معينا لكي تتفادى وتتجنب الإفراط في العقوبة من جهة، ومن جهة أخرى الأخذ بقاعدة دمج وإدغام (تداخل) العقوبات بتنفيذ أشد العقوبات.

المطلب الثالث

الفرق بين ارتباط الجرائم والنظم القانونية الجنائية المشابهة له

لغرض إعطاء صورة أوضح لفكرة ارتباط الجرائم، نقوم بتمييزها عن بعض النظم القانونية الجنائية التي تتقارب فكرتها مع فكرة الارتباط الجرمي.

(١) أنظر نص المادة (١٤٢) من قانون العقوبات العراقي والفقرة (١) من المادة (٢٠٥) من قانون العقوبات اللبناني والفقرة (١) من المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني والفقرة (١) من المادة (٢٠٤) من قانون العقوبات السوري والشطر الأول من المادة (٨٩) من قانون الجزاء العماني والمادة (٧٤) من قانون العقوبات السوداني والفصل (٥٥) من قانون العقوبات التونسي والمادة (٣٤) من قانون العقوبات الجزائري والشطر الثاني من المادة (٧٦) من قانون العقوبات الليبي والشطر الأول من الفصل (١٢٠) من قانون العقوبات المغربي كما سنرى ذلك لاحقاً في عرض الدراسة.

١. التعدد الصوري (الاجتماع المعنوي) للجرائم: عبارة عن فعل مادي إجرامي واحد صادر عن مجرم أو أكثر من مجرم ينطبق عليه أكثر من وصف قانوني تماثلت الأوصاف أم اختلفت[١]، كتفجير أحد المستودعات فينتج جراء ذلك إتلاف المواد التي فيه وقتل حارسه وإصابة وجرح البقية، وكذلك قتل إنسان باستعمال سلاح غير مرخص[٢]، من ذلك نجد الفروق التالية بين التعدد الصوري وارتباط الجرائم وعلى النحو التالي:

أ. ينبني التعدد الصوري على فعل مادي واحد بينما ينتج ارتباط الجرائم تعدداً مادياً مبنياً على أفعال مادية جرمية متعددة.

ب. يترتب على التعدد الصوري صدور فقرة حكمية واحدة عن أشد الجرائم عقوبة وعدم الإشارة إلى الأوصاف القانونية الأخرى ذات العقوبة الأخف[٣]، على العكس من ذلك فيترتب على ارتباط الجرائم صدور فقرة

---

(١) ويعرفه الدكتور محمد محي الدين عوض بأنه (تعدد الوصف) وهو حالة خرق عدة نصوص جنائية بحركة جنائية واحدة أو حالة حزق نص جنائي واحد عدة مرات بحركة جنائية واحدة وبناء على تصميم جنائي واحد. أنظر د. محمد محي الدين عوض، مصدر سابق، ص١٣٥.

(٢) أجمعت التشريعات الجنائية – محل الدراسة – على الأخذ به، أنظر المادة (١٤١) من قانون العقوبات العراقي والمادة (٧٤) من قانون العقوبات السوداني والمادة (٧٦) من قانون العقوبات الليبي والفصل (٥٤) من قانون العقوبات التونسي والفقرة (١) من المادة (١٨٠) من قانون العقوبات السوري والفقرة (١) من المادة (٥٧) من قانون العقوبات الأردني والمادة (١٢١) من قانون العقوبات الإماراتي والمادة (٣١) من قانون الجزاء العماني والمادة (٣٢) وقانون العقوبات الجزائري والمادة (١٨١) من قانون العقوبات اللبناني والفصل (١١٨) من قانون العقوبات المغربي.

(٣) وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٣٢) من قانون العقوبات الجزائري بقولها "يجب أن يوصف الفعل الواحد الذي يحتمل عدة أوصاف بالوصف الأشد من بينها" والمادة (٣١) من قانون الجزاء العماني "إذا كان للفعل عدة أوصاف، ذكرت جميعها في الحكم بدون أن يفرض على الفاعل سوى العقوبة التي يستلزمها الوصف الأشد" وما ورد في الفقرة (١) من المادة (٥٧) من قانون العقوبات الأردني "...، فعلى المحكمة أن تحكم بالعقوبة الأشد" والفقرة (١) من المادة (١٨٠) من قانون العقوبات السوري "...على أن يحكم القاضي بالعقوبة الأشد" والفصل (٥٤) من قانون العقوبات التونسي "...فالعقاب المقرر للجريمة التي تستوجب أكبر عقاب هو الذي يقع الحكم به وحده..." والمادة (٧٦) من قانون العقوبات الليبي "...وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها...".

حكمية عن كل جريمة، إلا انه في النهاية لا ينفذ سوى الفقرة الحكمية ذات العقوبة الأشد.

جـ. توجيه تهمة واحدة في التعدد الصوري (الحكمي)[1]، بينما في ارتباط الجرائم فتوجه تهمة عن كل جريمة.

٢. **جب العقوبة:** أي ادغام العقوبة الأخف بالعقوبة الأشد، فإذا حوكم شخص عن جريمة بالحبس وأثناء تنفيذ العقوبة ارتكب جريمة أخرى أشد من الأولى معاقب عليها بالسجن، فالحكم الأخير يجب الحكم الأول بعبارة أخرى عقوبة السجن تجب عقوبة الحبس[2]، أو عقوبة الأشغال الشاقة تجب بمقدار مدتها كل عقوبة أخرى مقيدة للحرية محكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بالأشغال الشاقة، وهذا في حقيقة الأمر أثر من آثار ارتباط الجرائم، ومع ذلك توجد هناك جملة فروق بسيطة ودقيقة وهي:

أ. من شروط أعمال نظام جب العقوبة صدور حكم بعقوبة سالبة للحرية كالحبس فيما لا يشترط صدور حكم في الجرائم المرتبطة.

ب. إن نظام الجب لا يطبق على كافة العقوبات بل ينحصر فقط في العقوبات السالبة للحرية وهذا يعني -على الأقل- ارتكاب جريمتين أوصافهما

---

(١) حيث نصت الفقرة (ب) من المادة (١٨٨) قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بقولها "توجه تهمة واحدة في الجرائم المتعددة المنصوص عليها في المادة ١/١٣٢".

(٢) نصت الفقرة (ج) من المادة (١٤٣) من قانون العقوبات العراقي "تجب عقوبة السجن بمقدار مدتها عقوبة الحبس المحكوم بها لجريمة وقعت قبل الحكم بعقوبة السجن المذكورة" ومما تجدر الإشارة إليه، أن قانون العقوبات العراقي السابق (البغدادي الملغى) قد عرف نظام جب العقوبات حيث ورد في المادة (٣٧) منه "في الأحوال التي يؤمر فيها بتنفيذ العقوبات معاً في وقت واحد (أولاً) تجب عقوبة الأشغال الشاقة بمقدار مدتها عقوبة الحبس (ثانياً) ينفذ حكم الحجز في إصلاحية بدل أية عقوبة أخرى تكون صادرة على المحكوم عليه إلا إذا كانت تلك العقوبة لمدة تزيد عن مدة الحبس في الإصلاحية وفي هذه الحالة تنفذ هذه العقوبة وحدها" وبنظام الجب كان قانون العقوبات العراقي -سابقاً- يستعيض به عن الأخذ بارتباط الجرائم.

القانونية مختلفة الأولى أخف من الثانية بينما لا يشترط ذلك في الجرائم المرتبطة فقد تتماثل الأوصاف القانونية لها وقد تختلف وكذلك قد يحكم عليها جميعاً بالحبس وقسم آخر بالإعدام.

٣. **التعدد المادي للجرائم غير المرتبطة:** تعدد الجرائم غير المرتبطة، يعتبر الأصل العام ويعني ارتكاب نفس المجرم عدة أفعال مادية جرمية مستقلة يكون كل منها جريمة قائمة بذاتها لا علاقة لها باخرياتها، فبداهة أن تعدد الجرائم يقود إلى تعدد العقوبات[1]، من هنا نجد فرقاً واسعاً مع التعدد المادي للجرائم المرتبطة وكما يلي:

أ. على الرغم من أن كلتا صورتي التعدد المادي ناتج عن أفعال مادية من قبل نفس المجرم، إلا أن أثر كل منهما يختلف عن الآخر فأثر التعدد المادي للجرائم غير المرتبطة عبارة عن تنفيذ جميع العقوبات بالتعاقب، بينما لا ينفذ المجرم في الجرائم المرتبطة سوى العقوبة الأشد[2].

ب. لا توجد وحدة غرض في الجرائم غير المرتبطة، فغرض كل جريمة فيها يختلف عن الأخرى بالمقابل نجد أن وحدة الغرض شرط أساسي في ارتباط الجرائم.

ج. عدم وجود صلة وثيقة في التعدد المادي للجرائم غير المرتبطة ووجودها شرط جوهري في ارتباط الجرائم.

---

(١) وقد أشارت إلى هذا النوع من التعدد المادي (الحقيقي) للجرائم غير المرتبطة المواد (١٤٣/أ) من قانون العقوبات العراقي والفصل (٥٦) من قانون العقوبات التونسي والمادة (٤٨) من قانون العقوبات الليبي والمادة (١/٢٣) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني والمادة (٢/٧٢) من قانون العقوبات الأردني والمادة (١٢١) من قانون العقوبات الإماراتي والمادة (٣٥) من قانون العقوبات الجزائري والمادة (٢/٢٠٤) من قانون العقوبات السوري والشطر الثاني من المادة (٨٩) من قانون الجزاء العماني.

(٢) وهذا ما أشارت له محكمة التمييز العراقية في قرارها (١٩٤٧/ جنايات / ٩٧١) في ٩ / ٩ / ١٩٧١ "إذا فقد الترابط في الجرائم الواقعة فلا يصح الحكم بها إلا على أساس التعاقب" إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (القسم الجنائي)، ط١، بغداد : مطبعة الجاحظ، ١٩٩٠، ص٩٨.

٤. نظام العود (التكرار الجنائي): العود الجنائي عبارة عن حالة الشخص الذي يرتكب جريمة جديدة بعد سبق الحكم عليه بعقوبة في جريمة أو جرائم أخرى ويسمى بالمجرم العائد. وإذا كان العود (التكرار) يشتبه مع حالة ارتباط الجرائم في أن كلاً منهما يفترض ارتكاب الشخص الواحد لأكثر من جريمة، إلا أن العود (التكرار) ينفرد بأنه يشترط ضرورة أن يفصل بين هذه الجرائم قرار حكم بالإدانة لجريمة أو أكثر. والعود (التكرار) ظرف مشدد عام لكل الجرائم او اغلبها وهو ظرف مشدد شخصي يتعلق بشخص المجرم العائد[1]، بينما ارتباط الجرائم يراعى فيه المجرم على الرغم من ارتكابه لأكثر من جريمة.

المبحث الثاني
شروط ارتباط الجرائم

توجد جملة من الشروط لابد من تحققها لكي تنهض حالة ارتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الوضعي. لذا تم تقسيم هذا المبحث اولهما لدراسة الشورط الملازمة في الشريعة الإسلامية وثانيهما ولدراستها في التشريع الجنائي الوضعي.

---

(١) د. محمد زكي أبو عامر ود. علي عبد القادر القهوجي، مصدر سابق، ص٣٦٠.

المطلب الأول
موقف الشريعة الإسلامية

تتمثل الشروط المطلوبة لتحقق ارتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية بما يلي:

١. وحدة المجرم.

٢. تعدد الجرائم أي ارتكاب أكثر من جريمة واحدة كأن تكون جريمتين فأكثر وسواء أكانت كلها جنايات حدود أو قصاص مع حدود مجتمعة أو جرائم قصاص متعددة في بعض الصور كما سنرى ذلك لاحقا.

٣. أن تكون الجرائم المرتكبة من جنس السلوك المادي، بمعنى ذات سلوك مادي واحد كارتكابه لأكثر من سرقة أو زنا أو قذف أو قتل متكرر، إلا ان فقهاء المسلمين اختلفوا فيما بينهم عند ارتكاب شخص ما لأكثر من جريمة ذات سلوك مادي واحد إلا أن عقوبتها تختلف باختلاف حال المجرم كمن يرتكب جريمة زنا وهو غير محصن ثم يرتكب جريمة زنا أخرى وهو محصن وهذا ما سنتطرق إليه عند دراستنا لحكم ارتباط الجرائم(١).

٤. عدم رفع الأمر إلى القضاء، فإذا ما ثبت أن إحدى الجرائم المرتكبة قد رفع أمرها إلى القضاء ونفذت العقوبة فيتعذر عندئذ تحقق ارتباط (تداخل) الجرائم لانه سنكون أمام ما يعرف بنظام العود في الجريمة (العود الجنائي)(٢).

---

(١) انظر ص٣٦.

(٢) وقد وضح ذلك الفقه الظاهري بعدم علم الإمام بجنايات الحدود المرتكبة وعدم ثبوتها لديه، ولكن لو ثبت الحد عند الإمام وشرع في إقامته فحصلت حالة طارئة منعت من إتمام تنفيذه فوقع فعلاً آخر من نوع الأول فإن الإمام يستتم عليه الحد الأول ثم يبتدئ في الثاني ولابد لأن الحد قد وجب بعلم الإمام مع قدرته على إقامة جميع الحد ثم أحدث ذنباً آخر فلا يجزئ عنه حد قد تقدم وجوبه. أحمد الحصري، الحدود والأشربة في الفقه الإسلامي، عمان : مكتبة الأقصى، ١٩٧٢، ص١٩٤.

٥. وحدة المجنى عليه في جريمة السرقة، فإذا ما تعدد المجنى عليهم ورفعوا جميعاً دعاوى في آن واحد أو في أوقات مختلفة، فقد اختلف الفقهاء المسلمين بشأن ذلك على رأيين:

الرأي الأول: يشترط وحدة شخص المجنى عليه في جريمة السرقة فإذا تعدد المجنى عليهم، عندئذ تتعدد العقوبات (الحدود) ولا يكتفى بإقامة حد واحد لأن كل مجنى عليه له دعوى خاصة مستقلة عن الأخريات من جهة، ومن جهة أخرى اختلاف وقائع السرقة الزمانية والمكانية، ومن جهة ثالثة تعلق حق العباد باقامة كل حد يختلف عن إقامة الحد الآخر ومن ثم يجب حد لكل من رفع دعوى وقد قال بهذا الرأي بعض المالكية وبعض الحنابلة وبعض الشافعية.

الرأي الثاني: لا يشترط وحدة المجنى عليه، فقد يكونون أكثر من شخص واحد ومهما بلغوا من الكثرة لأن موضوع جريمة السرقة واحد وهو المال من جهة، ومن جهة أخرى ما خلقته الجريمة واحد وهو ذعر عام وفزع بين العامة، وأن الزجر والردع يتحقق بإقامة حد واحد وبإقامة هذا الحد الواحد إقامة حق الله تعالى الذي يكتفي بإقامة أقل قدر ممكن من الحدود، كما أن العقوبة ليست على مقدار المال أو على عدد المجنى عليهم، إنما العقوبة على الفعل في ذاته، وقد قال بهذا الرأي أكثر المالكية والشافعية والحنفية[1].

٦. وحدة وتعيين شخص المجنى عليه في جريمة القذف، فقد اشترط فقهاء المسلمين وحدة شخص المجنى عليه (المقذوف)، فإذا تعددوا ورفعوا أمرهم جميعاً إلى القضاء في آن واحد أو في فترات زمنية مختلفة فلا تتداخل جرائم القذف بل تتعدد العقوبة بتعدد هذه الجرائم لأن الجريمة المرتكبة على كل

---

(١) الإمـــام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، جزء (العقوبة)، ط١، القاهرة : دار الفكر العربي، ص٢٥٩-٢٦٠.

شخص لا علاقة لها بالأخرى وكل شخص مقذوف له حقوق ومن ثم فإنه يحد لكل واحد[1]، ولهذا سنلاحظ اختلاف فقهاء المسلمين حول حكم قذف الجماعة عند دراستنا لحكم ارتباط (تداخل) الجرائم في الشريعة الإسلامية[2].

٧. وحدة العقوبة من حيث النوع، حيث سنلاحظ اختلاف فقهاء المسلمين حول حكم ارتكاب شخص لأكثر من جريمة ذات سلوك مادي واحد (متحدة الجنس) إلا أن عقوباتها تختلف فيما بينها كمن يزني وهو غير محصن ثم يزني وهو محصن، فالأولى عقوبتها الجلد والثانية عقوبتها الرجم، واختلافهم حول حكم اجتماع الحدود غير المتجانسة التي احدى عقوباتها هي القتل.

المطلب الثاني
موقف التشريع الجنائي الوضعي

اما في التشريع الجنائي الوضعي فتتمثل الشروط بما يلي:

١. وحدة المجرم، أي أن يكون الفاعل للجرائم واحداً سواء أكان فاعلاً أصلياً أم شريكاً وسواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً[3]، ويعد هذا الشرط جوهرياً لأنه بموجبه يتميز ارتباط الجرائم عن المساهمة الجنائية التي يشترط فيها تعدد المجرمين. وقد

---

(١) إلا أن الأحناف قالوا بتداخل جرائم القذف المرتكبة بحق أكثر من شخص واحد إذا كانت في وقت واحد ورفعوا جميعهم أمرهم الى القضاء فيكتفى بإقامة حد واحد ولا يتعدد. انظر الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٢٦٢.

(٢) انظر ص٣٤.

(٣) وقد نوهت عن هذا الشرط ضمنا المادة (١٢١) من قانون العقوبات الإماراتي "ليس في هذا القانون ما يمنع محاكمة أي شخص بأكثر من جريمة إذا كان الفعل الذي يحاكم من أجله سلسلة من الوقائع تشكل أكثر من جريمة..." وما ورد في المادة (٧٤) من قانون العقوبات السوداني "...فلا يحكم على المتهم..." وما ورد في الشطر الثاني من المادة (١٤٢) من قانون العقوبات العراقي "...وإذا كان المتهم قد حوكم...".

أكد على هذا الشرط القضاء الجنائي المصري في أكثر من قرار صراحة أو ضمنا[1]. لكن ذلك لا يعني أن ارتباط الجرائم لا يتحقق مع وجود اكثر من مجرم فقد يتفق هؤلاء المجرمون فيما بينهم على ارتكاب جملة جرائم إلا أنها مرتبطة ببعضها، عندئذ سنكون أمام مساهمة جنائية وارتباط جرائم في آن واحد ولا تعارض بينهما.

٢. ارتكاب أكثر من جريمة واحدة، بحيث أن إحداها هي الجريمة الأساس والأخريات مرتكبة في سبيلها[2]، فأكثر ما تكون الجرائم المرتبطة هي التزوير بقصد الاختلاس أو التزوير بقصد استعمال المستند المزور أو تقديم بلاغ كاذب بقصد أداء شهادة الزور. وقد اعتبر القضاءالجنائي العراقي تكرار نفس الجريمة في زمن ومكان واحد مرتبطة ببعضها البعض جريمة واحدة[3]، وسواء أكانت هذه الجرائم منصوصاً عليها في قانون العقوبات أو قوانين خاصة أخرى[4].

---

(١) قضت محكمة النقض والإبرام المصرية بأن "استعمال الورقة المزورة هو النتيجة المقصودة من ارتكاب التزوير فمتى كان مرتكبهما شخصاً واحداً فإنهما يكونان جريمتين مرتبطتين ببعضهما ارتباطاً يجعلهما في الواقع جريمة واحدة معاقباً عليها بعقوبة واحدة" وفي قرار آخر لها تقول "إن تزوير عدة حوالات بريد في أماكن مختلفة وعلى أشخاص مختلفين يكون جرائم متعددة والقاضي غير ملزم باعتبارها جريمة واحدة" جندي عبد الملك، مصدر سابق، ص٢٢٠-٢٢٣.

(٢) د. محمد محي الدين عوض، مصدر سابق، ص١٣٦.

(٣) حيث قضت محكمة التمييز العراقية في قرارها (٢١٥٠/جنايات/٦٨) في ١٩٦٩/٢/١ "إذا ارتكب المتهم عدة جرائم تزوير يرتبط بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة..." وقرارها (١٧٣/جنايات/٦٥) في ١٩٦٥/٣/٢٧ "السرقة الواقعة على جملة أموال تعود لأشخاص عديدين في زمن واحد ومكان واحد لا تخرج عن دائرة الجريمة الواحدة وإن تكررت الأفعال لوقوع تلك السرقة..."وقرارها (٢١١/جنايات/٦٩) في ١٩٦٩/٣/٣٠ "أخبار المتهمة لمديرية التقاعد العامة كذباً وبسوء نية بأنها ما زالت غير متزوجة وذلك لغرض الاستمرار على قبض راتبها التقاعدي من زوجها الأول بينما هي قد تزوجت ثانية، كذلك إخبارها كذباً وبسوء نية بأن ابنتها على قيد الحياة بينما هي ليست كذلك، تعد مرتكبة لجريمتين (الإخبار الكاذب) لغرض واحد" د. عباس الحسني والسيد كامل السامرائي، الفقه الجنائي في قرارات محاكم التمييز (المدنية – العسكرية - أمن الدولة)، المجلد الثالث (جرائم الاعتداء على الأموال)، بغداد: مطبعة الإرشاد، ١٩٦٩، ص٣٤، ٤١٠، ٣٦٢.

(٤) د. محمد محي الدين عوض، قانون الإجراءات الجنائية السوداني معلقاً عليه، ط٢، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٠، ص٥٥٦.

٣. ارتباط الجرائم المرتكبة ببعضها ارتباطاً وثيقاً متيناً غير قابل للتجزئة يجعل منها كتلة اجرامية واحدة بحيث لا يمكن الفصل فيما بينها[١]، كهدم دار لسرقة انقاضها أو قيام موظف بتزوير وثائق ومستندات لاختلاس مبلغ من النقود[٢]، أو قيام شخص بتزوير جواز السفر للهرب خارج البلاد ومن ثم نجد أن الجريمة اللاحقة بسرقة أنقاض الدار أو اختلاس مبلغ النقود والهرب خارج البلاد لن تتم إلا بعد ارتكاب الجرائم الأولى بهدم الدار وتزوير الوثائق وجواز السفر بحيث تكون الجرائم المرتكبة مشروعاً اجرامياً مستمراً متكاملاً لوحدة الغاية التي تجمعها مع تلاحق الأفعال وتسلسلها تسلسلاً سببياً، كما لو كانت العلاقة فيما بينها هي علاقة السبب والنتيجة أو الفعل الأصلي والفعل التبعي[٣]، وهذا ما عبر عنه القضاء الجنائي

---

(١) وقد عبرت عن هذا الشرط تعبيراً اصطلاحياً بمفهوم "الجريمة الواحدة" المادة (٧٦) من قانون العقوبات الليبي بقولها "...وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة..." والفصل (٥٥) من قانون العقوبات التونسي "...ولها ارتباط ببعضها بعضا بحيث يصير مجموعها غير قابل للتجزئة تعتبر جريمة واحدة..." وما ورد في المادة (١٤٢) من قانون العقوبات العراقي "...ولكنها مرتبطة ببعضها ارتباطا لا يقبل التجزئة..." وقد أكد القضاء الجنائي المصري على هذا الشرط واصطلح عليه (الجريمة الواحدة) حيث قضت محكمة طنطا الابتدائية بتاريخ ١٩٢٠/٣/١٠ "ان اختلاس الحارس المعين على الأشياء المحجوز عليها لتلك الأشياء وتزويره مخالصة بقيمة الدين لتقديمها للمحضر يوم البيع يعتبران جريمة واحدة" وكذلك ما قضت به محكمة الجيزة بتاريخ ١٩٢٠/١٢/٧ "إذا اعتدى شخص على آخر بالضرب وبعد أن أبلغ الحادث للجهة المختصة قدم في حقه بلاغا يتهمه فيه بالسرقة راميا بذلك إلى الدفاع عن نفسه في تهمة الضرب، فإن الضرب والبلاغ الكاذب جريمتان مرتبطتان ببعضهما ويجب اعتبارهما جريمة واحدة" أنظر جندي عبد الملك، المصدر السابق، ص٢٢١-٢٢٢، كما أشار له القضاء الجنائي العراقي، حيث قضت محكمة التمييز العراقية في قرارها (١٢٩٠/جنايات/٦٨) في ١٩٦٨/٨/٢١ "تزوير المتهم للصك، واستعماله الصك المزور مع علمه بتزويره يشكل جريمتين مرتبطتين ارتباطا لا يقبل التجزئة..." د. عباس الحسني والسيد كامل السامرائي، مصدر سابق، ص٣٦٧.

(٢) وفي ذلك قضت محكمة النقض والابرام المصرية بأنه "...لا يمكن الحكم على مرتكب الاختلاس والتزوير بعقوبة مستقلة عن كل من هاتين الجريمتين إلا إذا كان التزوير قائما بذاته ولم يحصل بقصد الاختلاس. فإذا أثبتت محكمة الموضوع أن المتهم اختلس بعد أن زور في دفتره وأوقعت عليه عقوبتين كان هذا خطأ في تطبيق القانون موجبا لنقض الحكم" أنظر جندي عبد الملك، مصدر سابق، ص٢١٩.

(٣) د. محمد محي الدين عوض، قانون الإجراءات، مصدر سابق، ص٥٥٧-٥٥٨.

المصري بالخطة الجنائية الواحدة[١]. واكد عليه القضاء الجنائي العراقي في معظم قراراته[٢].

٤. وحدة الغاية، أي أن تكون الغاية واحدة في كافة الجرائم المرتبطة وهذا ما عبر عنه الفصل (٥٥) من قانون العقوبات التونسي "الجرائم الواقعة لمقصد واحد..." وما ورد في الشطر الثاني من المادة (٧٦) من قانون العقوبات الليبي "...وإذا ارتكبت عدة جرائم لغرض واحد..." وقانون العقوبات العراقي في المادة (١٤٢) بقوله "إذا وقعت عدة جرائم ناتجة عن أفعال متعددة ولكنها مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة ويجمع بينها وحدة الغرض..."[٣] ويقول بعض الفقهاء إن المشرع الجنائي عندما استخدم مصطلح "وحدة الغرض" كان يقصد الغاية لا الغرض فالغرض هو الهدف القريب أو المباشر للسلوك الذي اتجهت اليه الارادة، وهو يختلف عن الغاية باعتبارها الهدف البعيد أو غير المباشر للارادة، فالغرض من القتل مثلاً واحد وهو ازهاق روح المجني عليه، أما الغاية منه فتختلف باختلاف المجرمين فقد تكون غاية القتل الثأر أو الرحمة بالمقتول أو لسرقة أموال

---

(١) حيث قضت محكمة النقض والإبرام المصرية في حكمها المؤرخ في (١٩٦٦/٣/٢٩)"...أن تكون الجرائم قد انتظمتها خطة جنائية واحدة بعدة أفعال مكملة لبعضها البعض فتكون منها مجتمعة الوحدة الإجرامية التي عناها الشارع..." وحكمها المؤرخ في (١٩٧٣/٢/٥)"..أن تكون الجرائم قد انتظمتها خطة جنائية واحدة بعدة أفعال مكملة لبعضها البعض وجمعت بينها وحدة الغرض فتكونت منها وحدة إجرامية غير قابلة للتجزئة" د. حسن المرصفاوي، في قانون الإجراءات الجنائية مع تطوراته التشريعية ومذكراته الإيضاحية وأحكام النقض في خمسين عاماً، ط١، الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٨١، ص٣٩٠.

(٢) حيث قضت محكمة التمييز العراقية في قرارها (٤٦٦ / تمييزية / ١٩٧٩) في ٥ / ٤ / ١٩٧٩ "اذا ارتكب المتهم جريمة ضرب المشتكي وجريمة تهديده فيكون قد ارتكب في نشاط إجرامي واحد فعلين مرتبطين ببعضهما ارتباطاً لا يقبل التجزئة تجلت فيهما وحدة الغرض وهي إيذاء المشتكي ضرباً او تخويفاً مما يلزم معه فرض عقوبتين عن الجريمتين والأمر بتنفيذ العقوبة الأشد" وقرارها (٨١١ / تمييزية/ ١٩٧٥) في ٤ / ١١ / ١٩٧٥ "إذا اعتدى المدان بالضرب على أشخاص متعددين خلال نشاط إجرامي واحد وبقصد جرمي واحد فتكون هذه الجرائم مرتبطة مع بعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة ... " انظر فؤاد زكي عبد الكريم، مجموعة لاهم المبادئ والقرارات لمحكمة تمييز العراق مبوبة حسب مواد قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩وتعديلاته،ط١،بغداد: مطبعة أوفست سرمد،١٩٨٢، ص٨٤، ٨٦.

(٣) د. ماهر عبد شويش الدرة، مصدر سابق، ص٥٠١.

المقتول[١]. أما عن حكم القضاء، فنجد أن القضاء الجنائي المصري والعراقي وفي أكثر من قرار يؤكدان على ضرورة توفر هذا الشرط مستخدمين لفظة (الغرض) للدلالة عليه[٢]. وأكثر من ذلك نجد أن القضاء الجنائي العراقي لم يكتفِ بوحدة الغرض بل كان يشترط فوق ذلك وحدة السبب[٣]، واعتبره من حيث الاهمية مقدما على شرط الارتباط فوجوده غير كافٍ ما لم يكن هناك ارتباط[٤].

٥. صدور أكثر من فقرة حكمية بالادانة عن كافة الجرائم المرتكبة، فلابد من ثبوت التهم الموجهة فإن وجهت تهمتان وثبتت براءة المتهم من إحداهما وإدانته في الأخرى، فيتعذر عندئذ تطبيق ارتباط الجرائم بينما نجد أن العبرة في ارتباط (تداخل) الجرائم في الشريعة الإسلامية بتنفيذ العقوبة لا صدور الحكم فكل جريمة وقعت قبل تنفيذ العقوبة ترتبط (تتداخل) عقوبتها مع العقوبة التي لم يتم تنفيذها[٥].

---

(١) د. محمد زكي أبو عامر ود. علي عبد القادر القهوجي، مصدر سابق، ص٣٨٣ علما انه ما قبل اكثر من (١٠٠) مائة سنة حكمت محكمة استئناف مصر بتاريخ ١٨٩٩/١٠/١١ بأنه (متى تداخلت أفعال جنائية في بعضها وأدت كلها إلى غاية واحدة ولم يكن الباعث على ارتكابها إلا الوصول إلى هذه الغاية وحدها وجب أن لا تتعدد العقوبة بتعددها وأن لا يعاقب عليها إلا بعقوبة واحدة.) أنظر جندي عبد الملك، مصدر سابق، ص٢٢٠.

(٢) قضت محكمة النقض والإبرام المصرية "إذا ارتكب ضابط نقطة البوليس جناية تعذيب وحبس وجنحة ضرب واستعمال قوة وفعل وجب اعتبار الجريمتين جريمة واحدة والحكم على المتهم بعقوبة واحدة عن الجريمة الأشد وهي الجناية". أنظر جندي عبد الملك، مصدر سابق، ص٢٢٠. وقرار محكمة التمييز العراقية (٢١٥٠/جنايات/٦٨) في ١٩٦٩/٢/١ "إذا ارتكب المتهم عدة جرائم تزوير يرتبط بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة وهدفها تحقيق غرض جنائي واحد هو الاختلاس..."د. عباس الحسني والسيد كامل السامرائي، مصدر سابق، ص٣٦٢.

(٣) فقد قررت محكمة التمييز العراقية في قرارها التمييزي (٦٠٨) المؤرخ في ١٩٣٤/٤/١ "وحدة الزمان لا تكون سبباً لارتباط الفعلين واستحالتها إلى واحد كما أن الاتحاد بالغرض من ارتكاب الجريمتين لا يكون ارتباطاً بينهما وإنما الارتباط هو الاتحاد في السبب بدرجة لا تقبل التجزئة بحيث يصبح الكل مجموعاً واحداً" راجع المفتش العدلي فاضل محمود، قانون العقوبات البغدادي والتعديلات والحواشي والذيول التي أدخلت عليه لغاية ١٩٤٦ مع مقررات تمييزية، بغداد: مطبعة الصباح، ١٩٤٦، ص٥٣.

(٤) حيث قضت محكمة التمييز العراقية في قرارها (٣٤٤١/ تمييزية أولى/١٩٧٦) في ١٩٧٧/١/١٦ "إذا لم يكن بين الجريمتين ارتباط فلا يحاكم عنهما المتهم بدعوى واحدة ولو جمع بينهما غرض واحد" انظر فؤاد زكي عبد الكريم، مصدر سابق، ص ٨٤.

(٥) أ. عبد القادر عودة، مصدر سابق، جـ١، ص٧٤٨.

٦. الظروف المحيطة بالجريمة والمجرم والتي تلعب دوراً أساسياً في تحقيق ارتباط الجرائم، فباستعراض النصوص العقابية للجرائم لا يمكننا التوصل بشكل قاطع إلى تحديد الجرائم القابلة للارتباط مع غيرها بصورة لازمة لها، حيث يتوقف ذلك على المجرم نفسه وإمكانياته الذاتية من جهة، ومن جهة أخرى الظروف الزمانية والمكانية التي تحيط بمحل ارتكاب الجريمة[١]، إلا أننا نستطيع القول أن الجرائم المرتكبة عفوياً بدون تخطيط مسبق تكون غير قابلة للارتباط فمن يقتل إنسان ثم يلوذ بالفرار سارقاً سيارة أحد المارة فلا علاقة بين الجريمتين[٢]، إلا أن من يستعمل محرراً مزوراً بعد أن كان قد اتفق مسبقاً مع أحد الأشخاص لتزوير هذا المستند، يكون بذلك قد

---

(١) وبهـذا الصـدد يقول د. محمد محي الدين عوض ما يلي "ويلاحظ أن مجرد ارتكاب جريمتين في زمان أو مكان واحد لا يعني بالضرورة انهما مرتبطتين ببعضهما ارتباطا يجعل منهما مشروعا إجراميا واحدا. كما ان مجـرد اختلاف زمان ومكان ارتكاب جريمتين لا يتضمن بالضرورة عدم ارتباطهما ببعضهما ارتباطاً يجعـل منهما مشروعاً واحداً لأنهما قد يكونان مرتبطتين معا بالاستمرار السببي مع وحدة الغرض وهما العنصـران اللازمـان لـتكوين المشروع الواحد. وكذلك مجرد وجود فاصل زمني بين الجرائم لا يعني بالضـرورة عـدم وجود استمرار سببي، وإن كان التقارب الزمني قد يكون عاملاً مهماً في تقرير وجود الارتـباط بينها" انظر للمؤلف، قانون الاجراءات (مصدر سابق)، هامش رقم (٢)، ص٥٨٨. وبمراجعة أحكـام القضـاء الجنائي المصري والعراقي، نجد انه أحياناً يشترط وحدة الزمان والمكان لتحقق ارتباط الجرائم، حيث قضت محكمة النقض والابرام المصرية "إذا كان الضرب الذي وقع من المتهم على كل من المجنى عليهما لم يحصل في مجلس واحد بل حصل في فترات مختلفة فيكون الحكم قد أصاب الحق في اعتبار مـا وقع جريمتين مستقلتين الواحدة عن الأخرى وفي توقيع عقاب خاص على كل منهما" وما قضت به محكمة استئناف مصر "إذا تعدى متهم على قاضي المحكمة بالقول والإشارة والضرب عقب صدور الحكم علـيه عد ما وقع من جريمة واحدة لا تجوز تجزئتها لحدوثه في وقت واحد..." أنظر جندي عبد الملك، مصـدر سابق، ص٢٢٣-٢٢٤. وما قضت به محكمة التمييز العراقية في قرارها (١٧٣/جنايات/٦٥) في ١٩٦٥/٣/٢٧ "السرقة الواقعة على جملة أموال تعود لأشخاص عديدين في زمن واحد ومكان واحد لا تخـرج عـن دائرة الجريمة الواحدة وإن تكررت الأفعال لوقوع تلك السرقة، إذ أن تلك الأفعال ترابطت بعضـها مع بعض ترابطاً فعلياً من حيث السبب والقصد الواحد بحيث لا تسمح بالتجزئة فيما بينها" د. عـباس الحسني والسيد كامل السامرائي، مصدر سابق، ص٣٤. إلا أن شرط وحدة الزمان والمكان ليس كبقية الشروط اللازمة لتحقق ارتباط الجرائم.

(٢) وقد أشارت إلى ذلك محكمة التمييز العراقية في قرارها (٥٢١ / جنايات / ٧٨) في ١٥/١٠/ ١٩٧٨ "إذا ارتكب المتهم جريمة قتل ثم سرق دراجة هوائية موجودة في محل الحادث للهرب بواسطتها فيكون قد ارتكب جريمتين توجه له عنهما تهمتان بموجب المادتين ٤٠٥ و٤٤٦ عقوبات" انظر ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص١٠٣.

ارتكب جريمتي التزوير واستعمال المستند المزور ومن ثم تحقق ارتباط بينهما بسبب التخطيط المسبق من جهة، ولتعذر استعمال المستند المزور بدون اللجوء إلى ارتكاب جريمة التزوير(١). وكذلك من يستغل فرصة تغافل المأمور ثم يقوم بقتله بغية الفرار من قبضته، يكون بذلك قد ارتكب جريمتي القتل وجريمة الهرب من المأمور (السلطات العامة)، فيتحقق بذلك الارتباط بينهما لأنه لولا القتل لما استطاع الإفلات من قبضة السلطات العامة. وقد أكد القضاء الجنائي المصري على أن مسألة ارتباط الجرائم مسألة تقديرية متعلقة بموضوع الدعوى ولمحكمة الموضوع حق الفصل فيها نهائياً ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تراه ما دام رأيها لا يتنافى مع مقتضى العقل(٢)، إلا أنه عدل بعد ذلك عن رأيه وأخضع ارتباط الجرائم لرقابة محكمة النقض عند وجود خطأ قانوني في تكييف علاقة الارتباط(٣)، وجاء القضاء الجنائي التونسي مؤكداً هذه الحقيقة(٤).

---

(١) حيث قضت محكمة النقض والابرام المصرية بأن "التزوير واستعماله ولو أنهما جريمتان منفصلتان عن بعضهما إلا أنه يعاقب عليهما بعقوبة واحدة متى كان مرتكبهما شخصاً واحد، لأن الجريمتين المذكورتين يعتبران في هذه الحالة تنفيذاً متتابعاً لتصميم جنائي واحد صار تحضيره أولاً بفعل التزوير ثم نفذ بواسطة الاستعمال" انظر جندي عبد الملك، مصدر سابق، ص٢١٩-٢٢٠. وقضت محكمة التمييز العراقية بقرارها (٩٢/جنايات/٦٩) في ١٩٦٩/٣/١٢ "إذا اجتمعت جريمة التزوير وجريمة الاستعمال طبقت المادة (٣٣) من قانون العقوبات البغدادي وعوقب بالعقوبة الأشد" د. عباس الحسني والسيد كامل السامرائي، مصدر سابق، ص٤٠٨.

(٢) راجع قرارات محكمة النقض والإبرام المصرية التي أشار إليها أ.جندي عبد الملك، مصدر سابق، ص٢١٩.

(٣) حيث قضت محكمة النقض والإبرام المصرية في أحكامها المؤرخة في ١٩٧٣/١/٧ و١٩٧٦/٢/٢٢ بما يلي "الأصل أن تقدير قيام الارتباط بين الجرائم هو مما يدخل في صدور السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، إلا أنه متى كانت وقائع الدعوى كما أوردها الحكم لا تتفق قانوناً مع ما انتهى اليه من قيام الارتباط بينها، فإن ذلك يكون من الأخطاء القانونية في تكييف علاقة الارتباط التي تحددت عناصره في الحكم، والتي تستوجب تدخل محكمة النقض لإنزال حكم القانون الصحيح عليها" د. حسن صادق المرصفاوي، مصدر سابق، ص٣٩٠.

(٤) حيث قضت محكمة التعقيب التونسية في قرارها المرقم (٤٣٦٩) في ١٩٦٦/٦/٢٠ "يقوم تشعب الجرائم على ركنين : الأول وحدة المقصد، والثاني عدم إمكانية التجزئة في الجرائم المقترفة في ظروف واحدة ولمحكمة الموضوع استخلاص تلك العناصر من الوقائع المطروحة عليها مع التعليل القانوني" وقرارها المرقم

٧. عدم وجود قرار حكم نهائي بات صادر بين الجرائم المرتكبة المرتبطة، فمن صدر بحقه قرار حكم اكتسب الدرجة القطعية عن جريمة ما، فإذا ارتكب بعد ذلك جريمة أخرى فلا مجال لضم وادغام (تداخل) العقوبتين بشأنه لأنه قد نكون حينئذ أمام ما يعرف بنظام العود (التكرار الجنائي) عند تحقق شروطه[1]. وقد أشارت إلى هذا الشرط صراحة المادة (٩١) من قانون الجزاء العماني بقولها "لا يجوز الادغام بين عقوبة وأخرى إذا حصلت الجريمة اللاحقة بعد صدور حكم مبرم بالجريمة السابقة"[2]. وما ورد في آخر المادة (٣٣) من قانون العقوبات الجزائري "... لا يفصل بينهما حكم نهائي"، إلا أن قانون العقوبات العراقي جاء بحكم لم نجد له مثيلاً في قانون العقوبات المقارن مفاده وجود قرار حكم نهائي بات صادر عن إحدى الجرائم المرتبطة ذات العقوبة الأخف، فمن الممكن جواز محاكمته لاحقاً عن الجريمة المرتبطة ذات العقوبة الأشد مع احتساب ما نفذ فعلاً من قرار الحكم السابق كموقوفية بالنسبة للحكم الجديد[3]. وجاء القضاء الجنائي العراقي مؤكداً على

(٦٣٤٨) في ١٩٦٩/٥/٧ "ان القضـايا بالارتباط في الجرائم المتعددة من المسائل الموضوعية التي يعود تقديـرها لقاضي الأساس دون معقب عليه في ذلك ما دام حكمه معللاً كما يجب"، انظر محمد الطاهر السنوسي، المجلة الجنائية، ط٤، تونس: دار بو سلامة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٧٦، ص٦٩-٧٠.

(١) وزارة العدل (المغرب)، القانون الجنائي في شروح،الدار البيضاء:المطبعة الملكية،١٩٦٨، ص٨٣-٨٤.

(٢) وقـد ورد في المذكرة التوضيحية لقانون الجزاء العماني ما يلي "عدم صدور حكم مبرم عليه بين الجريمة والأخرى لأن صدور مثل هذا الحكم ينفي اجتماع الجرائم بين الجريمة المحكوم عليه بها والجريمة اللاحقة".

(٣) ورد في الشطر الثاني من المادة (١٤٢) من قانون العقوبات العراقي ما يلي "...وإذا كان المتهم قد حوكم عـن الجريمة ذات العقوبة الأخف جاز محاكمته بعد ذلك عن الجريمة ذات العقوبة الأشد وفي هذه الحالة تأمـر المحكمة بتنفيذ العقوبة المقضي بها في الحكم الأخير مع الأمر بإسقاط ما نفذ فعلاً من الحكم السابق صـدوره" وعلى عكس ذلك نجد أن قانون العقوبات العراقي السابق (البغدادي الملغى) كان ينص على تعاقـب تنفيذ الأحكام بغض النظر عن وجود ارتباط بين الجرائم من عدمه والى ذلك نصت المادة (٣٥) منه "إذا صدر حكم على محكوم عليه لم تنقض مدة عقوبته الأولى لجريمة ارتكبها قبل صدور الحكم الأول فللمحكمة أن تأمر بتنفيذه بعد الحكم الأول أو بتنفيذه الحكمين معاً وفي هذه الحالة الأخيرة يسري تنفيذ الحكمـين معاً من تاريخ صدور الحكم الثاني" انظر أ. كامل السامرائي، مصدر سابق، ص٥٥، والمفتش العدلي فاضل محمود، مصدر سابق، ص٥٤.

ذلك[١].

٨. أن تكون الجرائم المرتبطة من نوع الجنح أو الجنايات وهذا ما أشارت له صراحة الفقرة (١) من المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني بقولها "إذا ثبتت عدة جنايات أو جنح..." وما ورد في الشطر الأول من الفصل (١٢٠) من قانون العقوبات المغربي "في حالة تعدد جنايات أو جنح..."[٢]، في حين سكت قانون العقوبات العراقي عن ذلك مكتفياً بإيراد مصطلح (الجريمة) حيث ورد في المادة (١٤٢) منه "إذا وقعت عدة جرائم..." وكذلك ما ورد في المادة (٧٤) من قانون العقوبات السوداني "...أو كانت الجريمة مكونة من عدة أفعال، كل منها، أو أي واحدة أو أكثر منها يكون الجريمة نفسها أو أية جريمة أخرى،..." وما ورد في المادة (١٢١) من قانون العقوبات الإماراتي "... بأكثر من جريمة..."[٣]، حيث لا يوجد مانع قانوني من أن تكون إحدى الجرائم المرتبطة من نوع المخالفة[٤].

وتثور المشكلة عندما تكون الجرائم المرتبطة كلها من نوع المخالفة فبالرجوع إلى النصوص القانونية أعلاه، يمكن القول بأن هناك اتجاهين بصدد هذه المسألة:

---

(١) حيث قضت محكمة التمييز العراقية في قرارها المرقم (٢٢١٤/تمييزية / ١٩٧٩) في ١٩٧٩/١٢/٢٤ "اذا ارتكب متهم جريمتين مرتبطة ببعضهما و أدين عن إحداها من قبل إحدى المحاكم ثم أُدين عن الجريمة الأخرى من قبل محكمة أخرى فعلى المحكمة الثانية أن تأمر بتتريل ما نفذ فعلا من عقوبة حكم المحكمة الأولى من مدة العقوبة التي فرضتها". انظر فؤاد زكي عبد الكريم، مصدر سابق، ص٨٤.

(٢) تقابلها الفقرة (١) من المادة (٢٠٤) من قانون العقوبات السوري "إذا ثبتت عدة جنايات أو جنح..." والشطر الأول من المادة (٨٩) من قانون الجزاء العماني "إذا ثبتت عدة جنايات أو جنح،..." وما ورد في المادة (٣٤) من قانون العقوبات الجزائري بقولها "في حالة تعدد جنايات أو جنح...".

(٣) وبنفس الاتجاه سار قانون العقوبات الليبي حيث ورد في الشطر الثاني من المادة (٧٦) منه "...وإذا ارتكبت عدة جرائم..." وما ورد في الفصل (٥٥) من قانون العقوبات التونسي "الجرائم الواقعة...".

(٤) وزارة العدل (المملكة المغربية)، مصدر سابق، ص٨٦.

الاتجاه الأول: حصر الارتباط (التعدد الجرمي) بالجرائم من نوع الجنايات والجنح ويمثله قانون العقوبات الأردني والسوري واللبناني والعماني والمغربي والجزائري.

الاتجاه الثاني: جعل الارتباط الجرمي شاملاً لكل الجرائم ومهما كان نوعها (جناية /جنحة/ مخالفة) ويمثله قانون العقوبات العراقي والسوداني والإماراتي والليبي والتونسي.

المبحث الثالث
حكم ارتباط الجرائم

نوضح الأثر المترتب على تحقق ارتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الوضعي، بمعنى آخر ما هي النتائج التي تجعل من ارتباط الجرائم حالة متميزة قائمة تختلف عن غيرها؟

فكما أسلفنا أن فكرة ارتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية تختلف عما هي في التشريع الجنائي الوضعي من حيث الشروط والحكمة المقصودة من ارتباط الجرائم، إلا أنه من حيث الأثر المترتب فيمكن القول أن المحصلة النهائية بارتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الوضعي واحدة لأن المجرم سينفذ عقوبة واحدة وبإجراءات واحدة إجمالاً. تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، أولهما لحكم الشريعة الإسلامية وثانيهما لحكم التشريع الجنائي الوضعي.

المطلب الأول
حكم الشريعة الإسلامية

أجمع فقهاء المسلمين[1] على أنه إذا تعددت الجرائم في حد لا يتعلق به أي حق للعبد، أو كان حقه يثبت في المال دون أصل الحد فإنه لا يقام إلا حد واحد، فمن سرق مراراً ثم رفع أمره إلى القضاء فلا يقام عليه إلا حد واحد بسبب أن إقامة تلك الحدود للردع العام، والردع العام لا يستلزم التعدد من جهة، ومن جهة أخرى أن الغاية المرجوة من إقامة الحد هي لتهذيب نفس وشخص الجاني وتلك تتحقق بإقامة حد واحد[2]، ولان الجرائم التي اقترفها المجرم قبل الجريمة الأخيرة تكون متقادمة في اكثر الأحيان، والتقادم يسقط العقوبة عند معظم الفقهاء ثم انه ربما يكون قد اظهر التوبة فسقطت عقوبته بها كما هو عند بعض الفقهاء ولان الحدود -لادرائها بالشبهة- يتداخل بعضها في بعض هذا فيما يخص الحق العام[3]. أما الحق الشخصي (الضمان) فبتعدد السرقات مثلاً تتعدد الحقوق الشخصية ويجب أداء الأموال المسروقة وإعادتها إلى أصحابها مهما بلغوا من الكثرة[4]، إلا أن الأحناف اختلفوا

---

(١) قال ابن المنذر، أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم منهم عطاء والزهري ومالك وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف وهو مذهب الشافعي. راجع الشيخ الإمام العلامة محمد بن عبد الله بن قدامة، مرجع سابق، ص١٩٧، وكذلك الشيعة الزيدية قالوا بان الحدود تتداخل عند تكرارها وقبل إقامة الحد. د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون (القسم الثاني)، ط٣، الرمادي: دار الانبار للطباعة والنشر، ١٩٨٩، ص٣٦١.

(٢) د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي، مصدر سابق، ص٣٦١.

(٣) إلا أنه توجد طائفة من فقهاء الظاهرية قالت بوجوب إقامة حد لكل جريمة وعدم الاكتفاء بإقامة حد واحد. انظر الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٢٥٨. ود. احمد الكبيسي، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون، ط١، بغداد: مطبعة الإرشاد، ١٩٧١، ص٢٩١.

(٤) وهو أيضاً حكم الشيعة الأمامية بوجوب إعادة كافة الأموال المسروقة مطلقاً وسواء أكان المال المسروق قائماً بعينه او مستهلكا وسواء اقطع السارق به او لم يقطع. انظر شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، المحقق الحلي جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن سعيد الهذلي، بيروت: دار مكتبة الحياة، ١٩٧٨، ص٢٥٧.

فيما بينهم فيما يتعلق بأداء الحقوق الشخصية وبالتحديد برد الأموال المسروقة (الضمان) وعند عدم مخاصمة كافة المجنى عليهم للمجرم السارق بل مخاصمة بعضهم فقط في قولين:

القول الأول: يذهب إلى وجوب أداء المال بعينه ورده إلى أصحابه متى كان ذلك المال المسروق قائماً بذاته، فمن اللازم إعادته إلى أصحابه الشرعيين لأن حقهم متعلق به فهو حق عيني لا علاقة ولا صلة له بالذمة المالية للمجرم السارق[1]، ولكن إن لم يكن المال محل السرقة قائماً بعينه كأن يكون المجرم السارق قد استهلك ذلك المال فإنه لا يضمن أي لا يكون ذلك المجرم مُلزماً بأداء الحق الشخصي، لأن الحق تعلق بذمته فصار حقاً شخصياً وذمته بعد إقامة الحد عليه أصبحت لا تصلح لأن يتعلق بها حق المال المسروق، إذ لا يجوز أن يستوفى حق من شخص مرتين من جهة، ومن جهة أخرى وقوع وتنفيذ عقوبة قطع اليد تغني عن عقوبة الضمان لأنه متى كان في الموضوع عقوبتان فإنه يكتفى بالأشد منهما سواء أتمت المخاصمة من الجميع أو من بعضهم، وقد قال بذلك أبو حنيفة.

القول الثاني: يوجب على المجرم السارق أداء كافة الحقوق الشخصية سواء أكان المال المسروق قائماً بذاته أو مستهلكاً باستثناء جريمة السرقة التي قطعت يده من أجلها فإنه لا يرد المال ويرد فيما سواها، لأن قطع اليد يجب طلب المال في الجريمة التي كان القطع من أجلها، في حين أن بقية الجرائم لم تقطع اليد من أجلها فبقي الحق المالي ثابتاً، فعلى المجرم السارق رد المال محل السرقة إن كان قائماً وإن كان مستهلكاً فإنه يضمن قيمته[2]. ويضيف أصحاب هذا القول سبباً آخر وهو إن

---

(١) وفوق ذلك أعطوا الحقّ لصاحبه أن يأخذ ماله أينما وجده سواء وجده في يد المجرم أو في يد من ملكه المجرم بعقد بيع أو هبة أو نحو ذلك. أحمد الحصري، مصدر سابق، ص٦٣٢.

(٢) وتأسيساً على ذلك، نجد أن الحنفية يوجبون ضمان السارق مطلقاً عند اجتماع جريمة السرقة مع جرائم أخرى عقوبتها القتل وذلك لتعذر إيقاع حد السرقة في حين أن المال لا يحتمل الدرء أو الإسقاط. الكاساني، مصدر سابق، ص٦٣.

المجني عليه الذي رفع دعوى وخاصم وقطعت اليد لأجله، قد تغير نوع الحق فصار حداً، في حين أن بقية المجني عليهم الذين لم يرفعوا دعاوى ولم يخاصموا بقيت حقوقهم المالية ثابتة[1].

وأكثر من ذلك نجد أن الأحناف وعند إقامة حد الحرابة بحق المجرم المحارب ينفون عنه وجوب ضمان المال (الحق الشخصي) لأنه لا يجتمع حد وضمان[2].

كما اختلف فقهاء المسلمين حول حكم قذف جماعة معينة معروفة بأشخاصها في مكان ما بلفظة أو كلمة واحدة ودون أن يخصص أحدهم علي ثلاثة أقوال:

القول الأول: تتعدد العقوبات بتعدد المقذوفين ومن ثم فإن المجرم القاذف يحد لكل واحد من المجني عليهم (المقذوفين) وذلك لتغليب حق العبد في حد القذف ورد اعتبار المقذوفين أجمعين وقياساً على قذف الواحد وهذا قول عند الشافعي وأحمد في رواية وابن المنذر وأبو ثور[3] وكذلك الشيعة الزيدية[4].

القول الثاني: يكتفى بإقامة حد واحد تغليباً لحق الله تعالى الذي يتحقق بالردع العام والأخير يتحقق بإقامة حد واحد ومن ثم فإقامة أكثر من حد وإن تعدد المقذوفين لا فائدة ترجى منه وقياساً على حكم قذف الجماعة غير المعينة كقذف

(١) ويعلق الإمام محمد أبو زهرة على هذا السبب الأخير بقوله "وهذا إذا خاصم أحدهم واضح، أما إذا خاصموا جميعاً، فإن ذلك التعليل لا يكون واضحاً" لمؤلفه أعلاه، مصدر سابق، ص٢٦٠.

(٢) أحمد الحصري، مصدر سابق، ص٦٣١.

(٣) ويستدل أصحاب هذا القول بأن الرجل إذا كان له زوجات أربع أو أقل ورماهن جميعاً بالزنا، فإنه يترتب عليه أن يلاعن كل واحدة، واللعان حد قائم مقام حد القذف أو مستقل عنه، إلا أن سببه الموجب له متفق مع السبب الموجب لحد القذف، فهما متشابهان في السبب وإن اختلفا في الواقع إذ اللعان أيمان وحد القذف جلد. انظر الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٢٦٧.

(٤) انظر محمود مطلوب احمد ود. خالد رشيد الجميلي، الفقه الجنائي، بغداد : مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٤، ص٩١-٩٢.

أهل مدينة أو بلدة ما. وهذا قول مالك والثوري والزهري وأبو حنيفة وطاووس و قتادة والنخعي وحماد وأحمد في رواية[1].

القول الثالث: جمع القولين أعلاه وحسب الحالة، فإذا قام المقذوفين بمخاصمة القاذف ورفعوا الدعوى مجتمعين أو فرادى، عندئذ يكتفي القاضي بإقامة حد واحد بعد أن يكون قد جمع كافة المقذوفين المتخاصمين، أما في حالة قيام المقذوفين بمخاصمة القاذف فرادى وأقيم الحد لأجل أحدهم فمن الممكن إقامة حد آخر لمقذوف آخر طالما أن الأخير أقام دعواه بعد إقامة الحد الأول على الرغم من أن الفعل المادي المكون لجريمة القذف واحد[2]، وقد أخذ بهذا القول الشيعة الامامية[3].

كذلك اختلف فقهاء المسلمين حول حكم قذف الجماعة بلفظ متكرر ولأكثر من مرة على قولين:

القول الأول: انه يجب حد لكل لفظ أو كلمة فلا يوجد تداخل بين الألفاظ أو الكلمات وإن تكررت لتعلق حق العباد. وقد قال بذلك الشافعي وأحمد والشعبي وقتادة وابن أبي ليلى.

---

(١) ونـورد في هـذا الصدد ما حُكي أن ابنِ أبي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحدّه حدين في المسـجد فـبلغ أبا حنيفة ذلك فقال يالَ العجب لقاضي بلدنا أخطأ في مسألة واحدة في خمسة مواضع، الأول أخـذُه بدون طلب المقذوف والثاني أنه لو خاصم لوجب حد واحد والثالث أنه إن كان الواجب عـنده حديـن ينـبغي أن يتربص بينهما يوماً أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الأول، والرابع أخذَ به في المسـجد والخـامس ينـبغي أن يتعرف أن والديه من الأحياء أو لا فإن كانا حيّين فالخصومة لهما وإلا فالخصومة للابن. شرح فتح القدير، مصدر سابق، ص٢٠٨.

(٢) الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٢٦٤-٢٦٥.

(٣) قال الطوسي "إذا جاءوا به مجتمعين فإن أوجبنا عليه حدا واحدا لاجماع الفرقة عليه" انظر محمود مطلوب احمد ود. خالد رشيد الجميلي، مصدر سابق، ص٩١.

القول الثاني: يكتفى بإقامة حد واحد وإن تكررت ألفاظ القذف قياساً على المجرم السارق من جماعة أو المجرم الزاني بمجموعة نساء وقد قال بذلك المالكية[1] والحنفية، فالأحناف ينظرون إلى حد القذف على انه حق لله تعالى، إذ المقصود فيه الردع العام والأخير كما أسلفنا يتحقق بالاكتفاء بإقامة حد واحد وليس للعباد فيه إلا بمقدار حقهم في الخصومة وبعدها لا حق لهم[2].

وتبعاً لذلك اختلف الفقهاء حول حكم سرقة الجماعة وقام المجني عليهم (المسروق منهم) برفع الأمر إلى القضاء متفرقين، فقد اتفق معظم الفقهاء على الاكتفاء بإقامة حد واحد أي يقطع مرة واحدة -شأنه في ذلك شأن سرقة جماعة وقام المجني عليهم برفع الأمر إلى القضاء مجتمعين- لان العقوبة وجدت لتحقيق الردع العام وزجر المجرم وهما المقصودان من إقامة الحد الذي يتحقق بإقامة حد واحد[3]، إلا أن الحنابلة -في رواية أخرى- قالوا بتعدد العقوبات نظرا لتعدد المجني عليهم المتخاصمين، كما أن لكل واحد منهم دعوى مستقلة به وعليه فلما اختلفت وقائع السرقة لزم أن يكون لكل واقعة حد قياسا على حكم قذف الجماعة، حيث أن كل منهما قد تعلق به حق للعباد[4].

(١) حد القذف يجري فيه التداخل عند المالكية اعتمادا على الأدلة التالية:- الدليل الأول: ان الصحابي هلال ابن أمية رمى بشريك بن سمحاء فقال له النبي محمد ﷺ "حد في ظهرك أو تلتعن" ولم يقل حدان. الدليل الثاني: إن النبي محمد ﷺ حد الأشخاص الذين قذفوا عائشة (رضي الله عنها) ثمانين، ثمانين جلدة مع انهم قذفوا عائشة (رضي الله عنها) وصفوان بن المعطل. الدليل الثالث: إن الخليفة عمر ﷺ جلد الشهود على المغيرة حدا واحدا مع أن كل واحد منهم قذف المغيرة والمزني بها. الدليل الرابع: إن الزاني إذا اقترف جريمة الزنا تداخلت العقوبات بعقوبة واحدة وجريمة القذف تُقاس عليها. انظر محمود مطلوب احمد ود. خالد رشيد الجميلي، مصدر سابق، ص٩١.

(٢) الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٢٦٥-٢٥٥. وهو أيضاً حكم الشيعة الأمامية فالقذف المتكرر لديهم يوجب حداً واحداً لا أكثر على العموم. المحقق الحلي، مصدر سابق، ص٢٥١.

(٣) د. احمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ٢٩٢.

(٤) ويعلق الدكتور احمد الكبيسي على رأي الحنابلة اعلاه ما يلي: "الا ان هذا القياس لا يستقيم، لانه قياس مع الفارق، لان القذف حق للآدمي ولهذا يتوقف على المطالبة باستيفائه، ويسقط بالعفو عنه. ولا يسقط حد القطع بذلك. ولهذا فان الحكم هو ما عند الجمهور من تداخل عقوبة السرقة في حالة تعدد المسروق منه سواء احضروا جميعا ام حضروا متفرقين لأنهم إن حضروا جميعًا قطع مرة واحدة بخصومتهم، وإن حضروا متفرقين، قطع بخصومه الحاضر ولا شيء للغائب". انظر للمؤلف، مصدر سابق، ص٢٩٣.

أما بخصوص حكم المجرم المرتكب لأكثر من جريمة ذات جنس وسلوك مادي واحد إلا أن عقوباتها مختلفة (اجتماع الحدود المتجانسة ذات العقوبات المختلفة) كمن يزني وهو غير محصن ثم يزني وهو محصن، فقد قال فقهاء المسلمين ما يلي:

الرأي الأول: ينفذ أشد العقوبات، لأن الحدود شرعت للردع العام والمعتدى عليه واحد وهو المجتمع وطالما أن الأخير واحد فتبعاً لذلك يتوحد العقاب وهو الأشد هذا من جهة[1]، ومن جهة أخرى يستدل أصحاب هذا القول لما روي عن عبد الله بن مسعود ﷺ انه إذا أجتمع حدان فيهما القتل اكتفى به[2]، وأخيراً استدلوا بأن هذا الأمر كان متبعاً في عهد الصحابة ﷺ وقد قال بهذا الرأي أبو حنيفة وأحمد والمالكية والشافعي في أحد أقواله[3].

الرأي الثاني: ينفذ العقوبات بالتعاقب فيتم الابتداء بالأخف فالأشد[4]، لانه تقرر حدان ولم يوجد ما يسقط أحدهما من جهة، ومن جهة أخرى فقد توافر سببهما وإذا تعددت الأسباب فقد تعدد المسبب فوجب استيفائهما مجتمعين

---

(١) وبصدد ذلك قال القاضي عبد الوهاب عند اجتماع جريمة السرقة مع حد فيه قتل ما يلي: "إن الغرض الذي يطلب بالقطع داخل في القتل وهو إتلاف منفعة العضو، فوجب دخوله فيه كما لو زنا وهو بكر فلم يحد حتى أحصن، وزنى فانه يرجم ولا يجلد" انظر د. احمد الكبيسي، مصدر سابق، ص٢٩٧.

(٢) رويَ عن ابن مسعود أنه قال : إذا اجتمع حدّان لله تعالى فيهما القتل أحاط القتل بذلك، وقد اختار هذا الرأي أبو إسحاق والجوزجاني، وأبو بكر الأثرم ونصراه في سننهما لأن جابراً روى أنَّ النبي محمد ﷺ رجمَ ماعزاً ولم يجلده ورجمَ الغامدية ولم يجلدها، وقال ﷺ: "واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها". متفق عليه. ولم يأمره بجلدها. وكان هذا آخر الأمرين من الرسول محمد ﷺ فوجب تقديمه. وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يقول في حديث عبادة أنه أول حد نزل، وأن حديث ماعز بعده رجَمَهُ رسول الله ﷺ ولم يجلده، وعمر رجمَ ولم يَجلد. ونقل عنه إسماعيل بن سعيد نحو هذا. انظر أحمد الحصري، مصدر سابق، ص١٠٢.

(٣) والإمام محمد أبو زهرة يأخذ بهذا القول قائلاً "ولو طبقت أحكام الحدود لاخترنا الرأي الذي يدخل العقوبة الخفيفة في العقوبة الغليظة وان ذلك هو منطق القانونيين في تفسيرهم للقوانين الوضعية" انظر للمؤلف، مصدر سابق، ص٢٧٠.

(٤) حيث يبدأ أولاً بالجلد ثم الرجم وسواء أكان ذلك في نفس اليوم أو في يومين وكما ورد أن الإمام علي ﷺ جَلدَ شراحه يوم الخميس ثم رجمها يوم الجمعة. أحمد الحصري، مصدر سابق، ص١٠٣.

والقول بالاكتفاء بأشدهما إهمال وترك لحد من حدود الله ﷻ وأن العقوبة الأخيرة ثبتت بالنص الشرعي فلا يجوز اسقاطها بالرأي والقول بخلاف ذلك غير جائز وقد استدل أصحاب هذا الرأي بقول الله سبحانه وتعالى ﴿**الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ**﴾ [1] فالنص عام وواضح في وجوب جلد الزاني والزانية على الاطلاق مائة جلدة، ثم جاءت السنة النبوية الشريفة بالرجم في حق الزاني المحصن والتغريب في حق الزاني غير المحصن فوجب الجمع بينهما والى هذا أشار الامام علي ﷺ بقوله: جلدها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ[2] وقد قال بذلك الشافعي في أحد أقواله وأحمد في رواية[3].

أما إذا اجتمعت جنايات حدود ذات سلوك مادي مختلف كسرقة وقذف وزنا وغيرها وهذا ما أشارت له كتب الفقه الاسلامي (اجتماع الحدود غير المتجانسة) وإحدى عقوباتها هي القتل فحكمها حكم اجتماع الحدود المتجانسة ذات العقوبات المختلفة المشار لها آنفاً. أما إذا اجتمعت تلك الحدود غير المتجانسة (المختلفة) ذات العقوبات المختلفة وليس من بينها قتل فقد أجمع فقهاء المسلمين على تنفيذ العقوبات بالتعاقب ولا تتداخل باستثناء بعض المالكية الذين فرقوا في الحكم بين العقوبات المتجانسة والعقوبات غير المتجانسة، فإن كانت متجانسة (متحدة النوع) تداخلت كمن شرب وزنى وهو غير محصن فيكتفى بالأشد، أما إذا اختلفت فقد تعددت كمن سرق وزنى فلا تداخل بينهما. ووجه هذا الرأي أن تجانس العقوبات يؤدي إلى أن تتحقق إقامتهما معاً أما إذا لم تتجانس فلا تتحق إقامتها إلا إذا أقيمت جميعاً ونفذت بالتعاقب[4].

---

(١) سورة النور، الآية رقم (٢).
(٢) أحمد الحصري، مصدر سابق، ص١٠٢.
(٣) الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٢٦٩-٢٧٠.
(٤) الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٢٧٢-٢٧٣.

وفضلاً عما تقدم، فقد أسهب فقهاء المسلمين في دراسة تداخل الجرائم باجتماع الحقوق (حق الله وحق العبد) في العقوبات وأثرها على تنفيذها وكما يلي:

١. إن حق العبد يقدم دائماً عند وجود قصاص مجتمع مع حدود ليس فيها معنى القصاص كمن يرتكب جريمة قتل عمدي ثم يرتكب جريمة زنا وهو محصن فكلتا الجريمتين عقوبتهما القتل، إلا أنه يكتفى بعقوبة القتل قصاصاً وتسقط عقوبة القتل رجماً لتقديم حق العبد من جهة، ومن جهة أخرى إن القصاص يقدم على الحق عند الاستيفاء. وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[١].

٢. أما إذا اجتمعت عقوبة القتل قصاصاً مع عقوبة القتل حداً وكان الأخير في معنى القصاص كمن يرتكب جريمة حرابة وأثنائها يرتكب جريمة قتل، فقد اختلف فقهاء المسلمين في حكم هذه الحالة على رأيين:

الرأي الأول: يقول أن العقوبتين فيهما حق للعبد، إحداهما حق خالص للعبد والأخرى حق للعبد يخالطه حق لله ﷻ، عندئذ يقدم الأسبق ارتكاباً، فإن كانت جريمة القتل ارتكبت أولاً قدم القصاص وسقط الحد وفي حالة عفو ولي الدم عن القصاص فالحد لا يسقط، أما إذا كانت جريمة الحرابة قد ارتكبت أولاً فقد وجب الحد (القتل) وقد ذهب إلى ذلك الشافعي وأحمد[٢].

---

(١) قال الشيرازي عند اجتماع حد القطع في السرقة مع القطع قصاصا ما يلي "وان قطع يمين رجل، وسرق: قدم حق الآدمي من القطع وسقط حق الله تعالى، لان حقوق الآدميين مبنية على التجديد، فقد على حق الله" د. احمد الكبيسي، مصدر سابق، ص٢٩٧.

(٢) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، جـ٥ (كتاب الحدود)، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٨، ص٤١٦.

الرأي الثاني: يقول بتقديم القصاص دائماً حتى وإن كان تاريخ ارتكابه لاحقاً على الحد لتقديم حق العبد في الاستيفاء أما في حالة عفو ولي الدم فينفذ الحد ويبقى قائماً وقد ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية[1].

أما عن حكم تعدد جرائم القصاص فمبدئياً تجب العقوبة المقررة لكل جريمة وتنفذ بالتعاقب من غير تداخل بينها وذلك لانفراد كل جريمة بالسببية الموجبة للقصاص بخلاف الحدود التي قد تتحد فيما بينها في العقوبة بحيث تدخل العقوبة الصغرى في الكبرى كما ذكرنا ذلك سابقاً.

ومع ذلك توجد صور من تعدد جرائم القصاص المرتكبة من قبل المجرم تتداخل عقوباتها وتجتزئ وكما يلي:

الصورة الأولى: ارتكاب أكثر من جريمة قتل عمدي، كأن ترتكب ثلاثة جرائم قتل من قبل شخص واحد، فقد أجمع فقهاء المسلمين على انه إذا طلب أولياء المقتولين (ولي الدم) القصاص قتل بهم جميعاً ولا دية (حق شخصي) لأنه لا دية إلا عند العفو، في حين قال الشافعي لا يكون القتل قصاصاً عنهم أجمعين، بل يكون عن أحدهم وتقسم الدية بينهم. وإن صدر العفو من قبلهم أجمعين تجب الدية لهم ولا قصاص عند العفو مصداقاً لقوله تعالى ﴿**فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ**﴾[2].

أما إذا عفا أحدهم وطالب الآخر بالقصاص فقد اختلف فقهاء المسلمين في حكم هذه الحالة على رأيين:

الرأي الأول: يذهب إلى الاكتفاء بإيقاع القصاص لأن القصاص والدية يتداخلان فيثبت أقواهما وهو عقوبة القتل من جهة، ومن جهة أخرى لا يجوز الجمع

(١) الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٢٧٥-٢٧٦.
(٢) سورة البقرة، الآية رقم (١٧٨).

بين القصاص والمال بسبب أن ثبوت المال (الدية) عند العفو لإنقاذ المجرم الذي لا محل له عند القصاص، كما أن الدية عقوبة بديلة عن القصاص ومن ثم فلا يجوز الجمع بين البدلين في محل واحد وفوق ذلك فإن الدية فداء للنفس وقد هلكت فلا موضع للفداء، وقد قال بهذا الرأي مالك وأبو حنيفة.

الرأي الثاني: يجيز الجمع بين القصاص والدية، فالدية تجب لمن عفا والقصاص يجب لمن طالب بإيقاعه ولا تداخل بينهما، حيث أن كل جريمة توجب عقاباً، إلا انه لا يمكن تكرار القصاص، لكن يمكن تكرار العقاب بالدية والقصاص معاً ومن ثم تتحقق مؤدى النصوص الشرعية كلها وقد قال بذلك الشافعي وأحمد[1].

الصورة الثانية: ارتكاب أكثر من جريمة قصاص بحق مجني عليه واحد كقطع أحد أطرافه ثم قتله بعد ذلك فيكون قد ارتكب جريمتين الأولى قصاص فيما دون النفس والثانية قصاص في النفس (قتل عمد) وسواء أكان ذلك في فترة زمنية واحدة أو متباعدة وكلتا الجريمتين تختلف عقوبتها عن الأخرى، فقد قرر كثير من فقهاء المسلمين أن ولي الدم (ذوي المجنى عليه) إن اختار العفو ورضي بالدية كانت له ديتان، واحدة عن قطع أحد أطرافه والأخرى دية القتل ولا تداخل بينهما باستثناء الإمام أحمد الذي قرر التداخل بينهما ومن ثم تجب دية واحدة لأن العفو كان لجريمة القتل وجريمة قطع أحد الأطراف داخله فيها.

في حين اختلف فقهاء المسلمين حول حكم عقوبة قطع الأطراف عند اختيار ولي الدم إيقاع القصاص في ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى تداخل الجريمة الصغرى بالجريمة الكبرى ويقتصر على إيقاع أشد العقوبات لأن الجريمتين متصلتان والعملية واحدة وفي معظم الأحيان تكون الجريمة الصغرى سبيل للجريمة الكبرى ولأن إيقاع القصاص (القتل) يدخل ضمناً فيه

(١) الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٥٢٦.

إتلاف العضو (قطع أحد الأطراف) فكأنه قد تم استيفاء القصاص لهما معاً، وقد قال بهذا الرأي أحمد وأبو يوسف ومحمد من الحنفية.

القول الثاني: يرى بأن لا وجه لتداخل الجريمتين فيجب القصاص فيهما أي تنفذ العقوبات بالتعاقب فيبتدئ بعقوبة الجريمة الأخف فالأشد لأن المماثلة في الجريمة توجب المماثلة في العقوبة وقد قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور وأحمد في رواية.

القول الثالث: يفرق بين احتمالين، الاحتمال الأول يذهب إلى أن المجرم إن قصد بارتكابه جريمة قطع أحد أطراف المجنى عليه وهي الجريمة الصغرى التمثيل بالمقتول قبل قتله، فإنه يعاقب عقوبتين أي ينفذ العقوبات بالتعاقب حيث يتم البدء بالأخف فالأشد بسبب أن التمثيل جريمة مستقلة توجب عقوبة منفردة لا علاقة لها بجريمة القتل لأن المجرم قد قصد إيذاء المجنى عليه مرتين أولهما التمثيل ومشاهدة أجزاء جسم المجنى عليه وهي تتساقط وثانيهما بقتله فلا يمكن اعتبار الفعلين جريمة واحدة. أما الاحتمال الثاني فمفاده عدم وجود ما يدل على أن المجرم قصد بارتكابه جريمة قطع أطراف المجنى عليه التمثيل به بل وسيلة لارتكابه جريمة القتل ومن ثم فإن الفعلين يشكلان جريمة واحدة وقد قال بذلك مالك[1].

ما تقدم هو بخصوص العقوبة الأصلية والاكتفاء بتنفيذ عقوبة واحدة عند اجتماع الحدود وبأشد العقوبات عند اجتماع الحدود مع القصاص -في بعض الحالات- أو عند تعدد جرائم القصاص.

ننتقل الآن إلى عقوبة التعزير والتي يمكن القول بأنها تقابل العقوبات التبعية لدى تشريعاتنا الجنائية الوضعية. حيث أجاز فقهاء المسلمين وبعد ايقاع العقوبة اللازمة سواء أكانت الجرائم المرتكبة جنايات حدود أو قصاص ايقاع عقوبة تعزيرية كمن يرتكب جريمة شرب الخمر لعدة مرات، فبعد إقامة الحد عليه يجوز تعزيره، والتعزير

(١) الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٥٢٨-٥٢٩.

أنواع قد يكون بالتوبيخ والتأنيب بالكلام حيث ورد عن النبي محمد ﷺ انه أمر الصحابة بتبكيت شارب الخمر بعد الضرب، فأقبلوا عليه يقولون ما اتقيت الله. ما خشيت الله، ما استحيت من رسول الله. وقد يكون التعزير بالضرب فقد أُتي الخليفة عمر رضي الله عنه برجل قد شرب خمراً في شهر رمضان المبارك فأقام عليه الحد بضربه ثمانين سوطاً وعزره عشرين زيادة وقد يكون التعزير بالنفي عن البلاد (التغريب) كتغريب المجرم الزاني غير المحصن. أما عند تعدد جرائم القصاص وصدور عفو من قبل أولياء الدم وكما أسلفنا فإنه لا مانع من تعزير المجرم القاتل والتعزير قد يتخذ صورة الجلد مائة سوط زائداً الحبس لمدة سنة(١).

المطلب الثاني
حكم التشريع الجنائي الوضعي

يمكن بيان حكم ارتباط الجرائم في التشريع الجنائي الوضعي بما يلي:

١. توجيه تهمة عن كل جريمة وإصدار فقرة حكمية لكل واحدة منها وهذا ما أشارت له المادة (١٤٢) من قانون العقوبات العراقي "... وجب الحكم بالعقوبة المقررة لكل جريمة..." وما ورد في الفقرة (١) من المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني "...قضي بعقوبة لكل جريمة..." والفقرة (١) من المادة (٢٠٤) من قانون العقوبات السوري "...قضي بعقوبة لكل جريمة..." والمادة (٣٥) من قانون العقوبات الجزائري "إذا أصدرت عدة أحكام سالبة للحرية..."(٢).

(١) أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية متحررة)، ط٢، القاهرة : مكتبة دار العروبة، ١٩٦١، ص١٢٥.

(٢) تقابلها ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (٢٠٥) من قانون العقوبات اللبناني "...قضي بعقوبة لكل جريمة..." وما ورد في الشطر الأول من المادة (٨٩) من قانون الجزاء العماني "...، يقضى بعقوبة لكل جريمة..." وما ورد في الشطر الأول من الفصل (١٢٠) من قانون العقوبات المغربي "...أما إذا صدر بشأنها عدة أحكام سالبة للحرية..." وما ورد في المادة (٧٨) من قانون العقوبات الليبي "...حكم القاضي بالعقوبات المقررة لكل منها...".

وتتجلى أهمية هذا الأثر عند صدور قرار عفو يشمل تهمة أو أكثر ناشئة عن ارتباط الجرائم، فإن حكم هذا العفو لا يسري إلا إلى تلك التهمة الواردة بقرار العفو دون بقية التهم[1].

٢. تنفيذ العقوبة الأشد بالقياس إلى أشد الجرائم المرتبطة عقوبة وعلى ذلك ورد في المادة (١٤٢) قانون العقوبات العراقي "...والأمر بتنفيذ العقوبة الأشد دون سواها..." وما ورد في آخر الفقرة الأولى من المادة (٢٠٥) عقوبات لبناني "...ونفذت العقوبة الأشد دون سواها" والفقرة (١) من المادة (٢٠٤) من قانون العقوبات السوري "...ونفذت العقوبة الأشد دون سواها" والفقرة (١) من المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني "...ونفذت العقوبة الأشد دون سواها" وما ورد في آخر الشطر الأول من المادة (٨٩) من قانون الجزاء العماني "... ويحكم بتنفيذ العقوبة الأشد دون سواها" وما ورد في آخر الشطر الأول من الفصل (١٢٠) من قانون العقوبات المغربي "...، فإن العقوبة الأشد هي التي تنفذ" والمادة (٣٥) من قانون العقوبات الجزائري "... فإن العقوبة الأشد وحدها هي التي تنفذ" وما ورد في آخر الفصل (٥٥) من قانون العقوبات التونسي "... توجب العقاب المنصوص عليها لأشد جريمة منها" وما ورد في آخر المادة (٧٦) من قانون العقوبات الليبي "...والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم مع زيادتها إلى حد الثلث" وما ورد في الشطر الأخير من المادة (٧٤) من قانون العقوبات السوداني "...، فلا يحكم على المتهم بعقوبة أشد من العقوبة التي يجوز للمحكمة أن تحكم بها عن أية جريمة من هذه الجرائم...".

يتبين لنا مما تقدم إجماع التشريعات الجنائية الوضعية على ترتيب هذا الأثر وسواء أكانت العقوبات مختلفة النوع أو متماثلة وسواء أكانت الفقرة الحكمية

---

(١) د. محمد محي الدين عوض، مصدر سابق، هامش ص١٣٤.

تتضمن عقوبتان (سالبة للحرية ومالية) أو عقوبة واحدة[1]، وقد أكد على ذلك القضاء الجنائي المصري والعراقي والتونسي بوجوب تنفيذ العقوبة الأشد[2].

ولكن يثور التساؤل إذا ما صدرت بحق المتهم فقرتان حكميتان، أولهما عبارة عن عقوبة حبس لمدة ستة أشهر وثانيهما عبارة عن عقوبة حبس لمدة سنة مع إيقاف التنفيذ عن جرائم مرتبطة، فأي من هاتين الفقرتين تؤخذ بنظر الاعتبار ؟ يقول الفقه الجنائي بأن إيقاف التنفيذ لا يغير من نوع العقوبة المحكوم بها ومن ثم فالعقوبة الأشد (حبس لمدة سنة) تمتص العقوبة الأخف (حبس لمدة سنة أشهر) ومن ثم تكون واجبة الاعتبار لرجحان مدتها. في حين نجد أن القضاء الجنائي الفرنسي دعا إلى الأخذ بفكرة (استقلال العقوبات) ومن ثم فالعقوبة الأشد الواجبة التنفيذ هي تلك الصادرة بدون إيقاف التنفيذ[3].

ونرى بأن موقف القضاء الفرنسي هو الراجح لدينا، إذ لا يجوز أن متهما صدر بحقه قرار حكم يتضمن عقوبتين يصبح في حل من كلتيهما، وبالمقابل متهم حكم عليه بعقوبة فعلية واحدة يتوجب أن ينفذها كاملة هذا من جهة، ومن جهة أخرى

---

(١) ولتوضيح ذلك نضرب المثال التالي : لو صدر قرار حكم يتضمن فقرة حكمية مفادها الحبس لمدة ستة أشهر مع إيقاف التنفيذ وغرامة نقدية مقدارها (٦٠٠٠) ستة آلاف دينار، وفقرة حكمية أخرى عن جريمة مرتبطة بالفقرة الحكمية الأولى تتضمن الحبس لمدة سنة واحدة مع إيقاف التنفيذ وغرامة تقديرية مقدارها (١٠٠٠) ألف دينار. فالفقرة الحكمية الثانية هي التي تنفذ لأن عقوبة الحبس أشد من الغرامة على الرغم من أن مبلغ الغرامة في الفقرة الحكمية الأولى أكثر من الثانية، ومن ثم يلزم المحكوم بأداء مبلغ الغرامة البالغ (١٠٠٠) ألف دينار.

(٢) حيث قضت محكمة النقض والإبرام المصرية بأنه "إذا زور الموظف في ورقة أميرية بقصد الاختلاس وجب تطبيق عقوبة التزوير لأنها أشد في نظر القانون من عقوبة الاختلاس" أنظر جندي عبد الملك، مصدر سابق، ص٢١٩. كما قضت محكمة التمييز العراقية في قرارها (١٢٥٧/جنايات/٦٨) في ١٩٦٨/٨/١٩ "إذا كونت الجريمة أفعالاً متعددة مرتبطة ببعضها ارتباطاً يهدف إلى غرض واحد معين عوقب المتهم بالعقوبة الأشد". د. عباس الحسني والسيد كامل السامرائي، مصدر سابق، ص٤٠١. وقضت محكمة التعقيب التونسية في قرارها (١١٩٢) في ١٩٣٢/١٢/٢٠ "إذا ارتكب سكران هرجاً فلا يسلط عليه إلا أشد العقوبتين المجعولتين للمخالفتين" انظر محمد الطاهر السنوسي، مصدر سابق، ص٦٩.

(٣) وزارة العدل (المملكة المغربية)، مصدر سابق، ص٨٦.

إذا كانت العقوبة الأشد موقوفة التنفيذ فيصار إلى العقوبة الأخرى الفعلية لأن العبرة بتنفيذ العقوبة وهذا ما يقضيه المنطق القانوني السليم.

وقد تثور مسألة عدم النص على تنفيذ العقوبة الأشد نظراً لصدور قرارات حكم نهائية بأنه تتضمن إيقاع عقوبات عن جرائم مرتبطة ببعضها بأكثر من دعوى، ففي مثل هذه الحالة يصار الأمر إلى القضاء وهذا ما أشارت له صراحة قوانين العقوبات لكل من الأردن وسوريا وعمان ولبنان والجزائر والمغرب(١).

وأخيرا، هذا الأثر جعل بعض الشراح يخلط بين جب العقوبة وارتباط الجرائم فوصفوا الأخير بأنه جب على أساس أن العقوبة الأشد هي التي توقع، ولكن الوصف السليم لها أنها ارتباط، لأن كل الجرائم يعاقب عليها وينفذ أشدها والأصل أن الجب يكون بعد الحكم بالعقوبة، أما الارتباط فيكون قبل الحكم(٢).

٣. تنفيذ العقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية المقررة قانوناً أو المحكوم بها بالنسبة إلى الجرائم الأخرى المرتبطة وإن كانت العقوبات الأصلية لم تنفذ فعلاً وهنا ما قررته العبارة الأخيرة من المادة (١٤٢) من قانون العقوبات العراقي بقولها "...ولا يمنع ذلك من تنفيذ العقوبات التبعية والتكميلية والتدابير الاحترازية

---

(١) نصـــت الفقـــرة (٣) من المادة (٧٢) من قانون العقوبات الأردني على انه "إذا لم يكن قد قضي بإدغام العقوبات المحكوم بها أو بجمعها أحيل الأمر على المحكمة لتفصله" والفقرة (٣) من المادة (٢٠٤) من قانون العقوبـــات السوري "إذا لم يكن قد قضي بإدغام العقوبات المحكوم بها أو بجمعها أحيل الأمر إلى القاضي ليفصله" والمادة (٩٠) من قانون الجزاء العماني "إذا لم يكن القاضي قد حكم بإدغام العقوبات أو بجمعها، تحـــيل السلطة الموكلة بالتنفيذ هذا الأمر إلى القاضي الذي حكم بالدعوى للفصل بأمر الإدغام أو عدمه. أمـــا إذا كانـــت الأحكام صادرة عن قضاة مختلفين فيحال الأمر حينئذ إلى القاضي الذي أصدر الحكم الأخير" والشطر الثاني من المادة (٣٥) من قانون العقوبات الجزائري "...ومع ذلك إذا كانت العقوبات المحكـــوم بها من طبيعة واحدة فإنه يجوز للقاضي بقرار مسبب أن يأمر بضمها كلها أو بعضها في نطاق الحـــد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة الأشد" والشطر الثاني من الفصل (١٢٠) من قانون العقوبات المغربي "...غير أن العقوبات المحكوم بها إذا كانت من نوع واحد جاز للقاضي بقرار معلل أن يأمر بضمها كلها أو بعضها بشرط أن لا تتجاوز الحد الأقصى المقرر في القانون للجريمة الأشد".

(٢) أ. عبد القادر عودة، مصدر سابق، جـــ١، ص٧٥٢.

المقررة بحكم القانون أو المحكوم بها بالنسبة إلى الجرائم الأخرى" والفصل (٥٨) من قانون العقوبات التونسي "العقاب بمنع الإقامة وبالمراقبة الإدارية لا يضم بعضه لبعض".

بينما نجد أن قانون العقوبات اللبناني ميز بين العقوبات الفرعية وبين العقوبات الإضافية والتدابير الاحترازية من حيث تنفيذها، فقرر عدم تنفيذ العقوبات الفرعية إلا تلك التابعة لأشد العقوبات الأصلية أما العقوبات الإضافية والتدابير الاحترازية، فالأصل فيها أنها تجمع حتى ولو أدغمت العقوبات الأصلية، لكن المشرع الجنائي اللبناني ترك للقاضي حرية الحكم بعكس ذلك حسب ظروف الدعوى ونوع العقوبات المحكوم بها وهذا ما عنته الفقرة الأولى من المادة (٢٠٨) من قانون العقوبات اللبناني بقولها "تجمع العقوبات الإضافية والتدابير الاحترازية، وإن أدغمت العقوبات الأصلية، ما لم يقضي القاضي بخلاف ذلك"[١] والفقرة (١) من المادة (٢٠٧) من قانون العقوبات السوري بقولها "تجمع العقوبات الإضافية والتدابير الاحترازية وإن أدغمت العقوبات الأصلية ما لم يقض القاضي بخلاف ذلك" والشطر الثاني من المادة (٩٢) من قانون الجزاء العماني "...لا تخضع أيضاً لقاعدة الإدغام العقوبات الفرعية أو الإضافية حتى لو أدغمت العقوبات الأصلية، إلا إذا أقضي القاضي خلاف ذلك" وأجاز قانون العقوبات الجزائري ضم (إدغام) العقوبات التبعية وتدابير الأمن[٢]. وبذات المعنى أخذ قانون العقوبات المغربي بمبدأ ضم العقوبات الإضافية والتدابير الوقائية، إلا إذا رأى القاضي خلاف ذلك بقرار مسبب[٣].

---

(١) د. محمد زكي أبو عامر ود. علي عبد القادر القهوجي، مصدر سابق، ص٣٨٦.

(٢) نصت المادة (٣٧) من قانون العقوبات الجزائري على انه "يجوز أن تضم العقوبات التبعية وتدابير الأمن في حالة تعدد الجنايات أو الجنح ويكون تنفيذ تدابير الأمن التي لا تسمح طبيعتها بتنفيذها في آن واحد بالترتيب المنصوص عليه في قانون تنفذ الأحكام الجزائية".

(٣) أنظر الفصل (١٢٢) من قانون العقوبات المغربي، وزارة العدل(المملكة المغربية)، مصدر سابق، ص٨٦.

٤. وحدة الدعوى، إذا نسب إلى متهم ارتكاب عدة جرائم مرتبطة بحيث تشكل جميعها مشروعاً إجرامياً واحداً فتجري المحاكمة عنها في دعوى واحدة[(١)]، وسنتكلم عن هذا الأثر مفصلاً عند دراستنا لإجراءات وقواعد المحاكمة عند ارتباط الجرائم.

المبحث الرابع
إجراءات وقواعد المحاكمة عند ارتباط الجرائم

الأصل، إذا قام شخص بارتكاب أكثر من جريمة، فإن ذلك يستتبع أن تتخذ الإجراءات الجنائية في كل جريمة بدعوى مستقلة، وتحرر عن كل منها ورقة اتهام على حدة، ومن ثم تجري محاكمته عن كل تهمة بمعزل عن الأخرى[(٢)].

ومع ذلك، جاء المشرع الجنائي باستثناءات على هذا الأصل أوجب فيها اتخاذ الإجراءات بدعوى واحدة على الرغم من تعدد الجرائم المسندة إلى المتهم، ومن هذه الاستثناءات حالة ارتباط الجرائم وهذا ما قررته قوانين الاجراءات الجنائية لكل من العراق والسودان ومصر[(٣)].

---

(١) أ. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، موصل: دار الحكمة للطباعة والنشر، ١٩٩٠، ص٣٣٤-٣٣٥.

(٢) أ. سعيد حسب الله، مصدر سابق، ص٢٤٢ ود. محمد محي الدين عوض، مصدر سابق، ص٥٤٩.

(٣) نصت الفقرة (أ/٢) من المادة (١٣٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على انه "أ. إذا نسب إلى متهم ارتكاب جرائم متعددة فتتخذ الإجراءات ضده بدعوى واحدة في الأحوال الآتية: ... ٢. إذا كانت الجرائم ناتجة عن أفعال مرتبطة ببعضها يجمع بينها غرض واحد" والمادة (٢٠١) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني "إذا ادعى ارتكاب عدة أفعال مرتبطة مع بعضها ارتباطاً يجعلها تشكل جريمة واحدة، يجوز أن يتهم المتهم بكل جريمة يكون قد ارتكبها إذا ثبت وقوع كل هذه الأفعال أو واحداً أو أكثر منها دون الباقي ويحاكم عنها جميعاً في محاكمة واحدة" وما ورد في الشطر الأول من المادة (١٨٢) من قانون الاجراءات الجنائية المصري "إذا شمل التحقيق أكثر من جريمة واحدة من اختصاص محاكم من درجة واحدة وكانت مرتبطة تحال جميعها بأمر إحالة واحد إلى المحكمة المختصة مكاناً بإحداها...".

فإذا نسب إلى متهم ارتكاب أكثر من جريمة مرتبطة مع بعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة تدخل ضمن مفهوم الجريمة الواحدة، استلزم ذلك توجيه تهمة واحدة عن كل جريمة من الجرائم المرتبطة وتجري المحاكمة عنها في دعوى واحدة[1]، بعد إحالة الأوراق التحقيقية الخاصة بالجرائم المرتبطة على المحكمة. وقد أكد القضاء الجنائي العراقي على حكم وحدة الدعوى بالنسبة للجرائم المرتبطة ببعضها البعض[2].

والمحكمة المختصة بالنظر في الجرائم المرتبطة هي التي وقعت في نطاق اختصاصها إحدى هذه الجرائم وقد أشار إلى ذلك صراحة قانون الإجراءات الجنائية المصري[3]، في حين سكت القانون العراقي والسوداني مكتفيتين بما هو وارد في القواعد العامة[4]. وقد أعطى القانون المصري لمحكمة الجنايات إذا ما أحيلت أمامها

---

(١) نصت المادة (١٨٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على انه "...جـ. توجه تهمة عن كل جريمة من الجرائم المرتبطة المنصوص عليها في المادة ٢/١٣٢. هـ. تجري المحاكمة عن كل تهمة. و. تجري المحاكمة في دعوى واحدة ولو تعددت التهم المذكورة مع مراعاة ما نصت عليه المادتان ١٣٢ و ١٣٣".

(٢) وقد أكدت على ذلك محكمة التمييز العراقية في قرارها التمييزي المرقم (٤٥٨ج/٦٩) في ١٩٦٩/٧/٦ "إن الأفعال المطلوب إجراء التحقيق فيها مترابطة مع الجرائم المحكوم فيها ومن ثم يجب تنفيذ ما ورد في المادة (٢١٠) من الأصول..." راجع مجلة القضاء العراقية، ع٤ (ب١-ت٢-ك١)، ١٩٦٩، ص٢٨٢ وقرارها المرقم (٢٤١٤/ جنايات/ ٦٧) في ١٩٦٧/١٢/٤ "إذا وقعت جريمتان، إحداهما شروعاً بالقتل بقصد سرقة المجني عليه، والثانية جريمة قتل بقصد الهرب والتخلص من عقوبة جريمة الشروع بالقتل والسرقة، ارتبطت الجريمتان ببعضهما بحيث تكونان مجموعاً واحداً ويجوز محاكمة المتهم من أجلها بدعوى واحدة..." وقرارها المرقم (٣٥/ تمييزية/ ٦٧) في ١٩٦٧/٥/١٥ "...والجريمتان مرتبطتان ببعضهما ارتباطاً غير قابل للتجزئة دافعهما الوصول إلى غاية واحدة هو الاختلاس، مما يستلزم محاكمة المتهم عنهما في دعوى واحدة..." للنظر في حيثيات وتفصيل القرارات أنظر د. عباس الحسني والسيد كامل السامرائي، مصدر سابق، ص٦٩، ٣٥٧.

(٣) حيث ورد في آخر الشطر الأول من المادة (١٨٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري بقولها"... إلى المحكمة المختصة مكاناً بإحداها".

(٤) نصت المادة (١٤١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي "تطبق أحكام المواد ٥٣ و ٥٤ و ٥٥ في تحديد الاختصاص المكاني في المحاكمة..." حيث أحال المشرع الجنائي العراقي موضوع اختصاص النظر في الجريمة من قبل المحكمة الجزائية إلى القواعد الواردة في التحقيق الابتدائي ودونما حاجة إلى تكرارها.

جنحة مرتبطة بجناية ورأت قبل مباشرتها للتحقيق أن لا وجه لأي ارتباط إجرامي بينهما أن تفرق الجنحة وتحيلها إلى المحكمة المختصة[1].

وجاء القضاء الجنائي المصري مؤكداً على هذا الحكم معتبراً إن تقدير ارتباط الجنحة بالجناية من الأمور الموضوعية الخاضعة لتقدير محكمة الموضوع وهي غير ملزمة ببيان الأسباب التي دعتها إلى تفريق الجنحة عن الجناية في جهة، ومن جهة أخرى فعدم مراعاة محكمة الجنايات لحكم التفريق لا يرتب عليه القانون بطلاناً على ذلك لأن هذا الإجراء تنظيمي لعمل محكمة الجنايات ولا يعد من الإجراءات الجوهرية[2].

كما منح القانون المصري لمحكمة الجنايات حق تحريك الدعوى الجنائية عن جناية أو جنحة مرتبطة بالتهمة المعروضة عليها أمام سلطة التحقيق أو المستشار المندوب لتحقيقها من بين أحد أعضائها، عندئذ يتعين على محكمة الجنايات أعلاه تأجيل الفصل في الدعوى الأصلية حتى يتم التصرف في الدعوى الجديدة التي تصدت لها، ويكون بعدئذ للجهة التحقيقية حرية التصرف في الأوراق حسبما يتراءى لها، فلها أن تقرر فيها بالأوجه لإقامة الدعوى أو تأمر بإحالتها، فإذا أحيلت

---

(١) نصت المادة (٣٨٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على انه "لمحكمة الجنايات إذا أحيلت إليها جنحة مرتبطة بجناية ورأت قبل تحقيقها أن لا وجه لهذا الارتباط أن تفصل الجنحة وتحيلها إلى المحكمة الجزئية".

(٢) حيث قضت محكمة النقض والإبرام المصرية في حكمها المؤرخ في ١٩٦٧/١٠/٢ "...وتقدير ارتباط الجنحة بالجناية من الأمور التي تخضع لتقدير المحكمة" وفي حكمها المؤرخ في ١٩٥٤/٣/١ "محكمة الجنايات غير ملزمة ببيان الأسباب التي بنت عليها أمرها بفصل الجنحة عن الجناية" وفي حكمها المؤرخ في ١٩٦١/١١/٦ "إن القاعدة التي أتت بها المادة (٣٨٣) إجراءات جنائية إنما هي قاعدة تنظيمية لأعمال محكمة الجنايات لم يرتب القانون بطلاناً على عدم مراعاتها، ولا هي تعتبر من الإجراءات الجوهرية المشار إليها في المادة ٣٣١ من ذلك القانون" د. حسن صادق المرصفاوي، مصدر سابق، ص١٠٧٠-١٠٧١.

إليها وكانت مرتبطة ارتباط لا يقبل التجزئة بالدعوى الأصلية، تعين على محكمة الجنايات إحالة الدعويين إلى محكمة أخرى[1].

واعتبر القضاء الجنائي المصري أن حق التصدي المقرر حصراً لمحكمة الجنايات إنما هو حق اختياري خوله القانون لها تستعمله متى رأت هي ذلك دون تلزم بإجابة طلبات الخصوم في هذا الشأن. هذا الحق إنما هو استثناء من مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والمحاكمة محدود بتحريك الدعوى أمام سلطة التحقيق دون الحكم فيها[2].

وقد يحصل عملياً أن تكون الجريمة التي تجري محاكمة المتهم عنها مرتبطة بجريمة أخرى تجري محاكمة نفس المتهم عنها في محكمة جزائية أخرى غير المحكمة الأولى،

---

(١) نصت المادة (١١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على انه "إذا رأت محكمة الجنايات في دعوى مرفوعة أمامها... أن هناك جناية أو جنحة مرتبطة بالتهمة المعروضة عليها، فلها أن تقيم الدعوى... بالنسبة لهذه الوقائع، وتحيلها إلى النيابة العامة لتحقيقها والتصرف فيها طبقاً للباب الرابع من الكتاب الأول من هذا القانون. وللمحكمة أن تندب أحد أعضائها للقيام بإجراءات التحقيق. وفي هذه الحالة تسري على العضو المندوب جميع الأحكام الخاصة بقاضي التحقيق... وإذا كانت المحكمة لم تفصل في الدعوى الأصلية وكانت مرتبطة مع الدعوى الجديدة ارتباطاً لا يقبل التجزئة، وجب إحالة القضية كلها إلى محكمة أخرى".

(٢) قضت محكمة النقض والإبرام المصرية بتأريخ ١٩٧٩/٢/٤ "أن حق التصدي المنصوص عليه في المادة ١١ إجراءات جنائية متروك لمحكمة الجنايات تستعمله متى رأت ذلك دون أن تلزم بإجابة طلبات الخصوم في هذا الشأن"، وفي حكمها المؤرخ في ١٩٦٦/٥/٢٣ "حق محكمة الجنايات في إقامة الدعوى الجنائية عن جناية أو جنحة مرتبطة بالتهمة المعروضة عليها استثناء من مبدأ الفصل بين سلطتي الاتهام والمحاكمة، وهذا الحق محدود بتحريك الدعوى أمام سلطة التحقيق أو المستشار المندوب لتحقيقها من بين أعضاء الدائرة التي تصدت لها، ويكون بعدئذ للجهة التي تجري التحقيق حرية التصرف في الأوراق حسبما يتراءى لها" وتستطرد قائلة في نفس الحكم "يجب على محكمة الجنايات تأجيل نظر الدعوى الأصلية المعروضة عليها حتى يتم التصرف في الدعوى الجديدة التي تصدت لها، فإذا أحيلت إليها وكانت مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالدعوى الأصلية تعين عليها إحالة الدعويين الى محكمة أخرى". د. حسن صادق المرصفاوي، مصدر سابق، ص٧٤-٧٦.

عندئذ سنكون أمام ما يعرف (ضم الدعاوى) (Joinder of Charges) فيجب ضم الدعاوى الناشئة عن ارتباط الجرائم[1] وإحالة المتهم تبعاً للقواعد التالية:

القاعدة الأولى: إذا كانت الجرائم المرتبطة تدخل في اختصاص محاكم جزائية من درجة واحدة، فتتولى الفصل فيها المحكمة المختصة مكانياً بإحداها حيث تكون الأسبقية للمحكمة التي رفعت أمامها الدعوى أولاً[2].

القاعدة الثانية: إذا كانت الجرائم المرتبطة تدخل في اختصاص محاكم جزائية من درجات مختلفة، فتتولى الفصل فيها المحكمة الأعلى درجة وقد أشار إلى ذلك صراحة القانون المصري وضمنا القانون العراقي[3]، وجاء القضاء الجنائي المصري مؤكداً هذا الحكم واعتبره حق من حقوق المتهم[4].

---

(١) وهـذا ما نصت عليه المادة (١٤٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بقولها "إذا تبين لمحكمة الجنح أن الجريمة التي تجري محاكمة المتهم عنها مرتبطة بجريمة أخرى تجري محاكمة المتهم عنها في محكمة جزائية أخرى فعليها أن تحيل المتهم على تلك المحكمة قبل توجيه التهمة أو بعدها لمحاكمته عن الجرائم المرتبطة. ويتبع ذلك في الإحالة من محكمة جنايات إلى محكمة جنايات غيرها" وتعد هذه المادة من المبادئ الجديدة التي استحدثها القانون العراقي النافذ وكما ورد الإشارة إلى ذلك في المذكرة الإيضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بتفادي تجزئة الدعوى الجزائية. أنظر المذكرة الإيضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٢) استناداً إلى أحكام الفقرة (أ) من المادة (٥٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بقولها "إذا قدمت شكوى أو أخبار ضد متهم إلى جهتين مختصتين أو أكثر من جهات التحقيق وجب إحالة الأوراق التحقيقية إلى الجهة التي قدمت إليها الشكوى أو الأخبار أولاً" وبدلالة المادة (١٤١) منه والمشار لها في الهامش رقم (١١٠).

(٣) حيث ورد في الشطر الثاني من المادة (١٨٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري "فإذا كانت الجرائم من اختصاص محاكم من درجات مختلفة تحال إلى المحكمة الأعلى درجة" في حين انه يستفاد ضمنا من أحكام الفقرة (أ) من المادة (١٣٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بقولها "إذا تراءى لمحكمة الجنح بعد إجرائها التحقيق القضائي أو المحاكمة في الدعاوى المحالة بصورة غير موجزة أو قبل ذلك بناءا على تدقيقها الأوراق أن الفصل في الدعوى الجزائية يخرج عن اختصاصها ويدخل في اختصاص محكمة الجنايات فتقرر إحالة المتهم عليها...".

(٤) حيث قضت محكمة النقض والإبرام المصرية في حكمها المؤرخ في ١٩٦٠/١٢/٢٠ "ارتباط الجنحة بالجناية المحالة إلى محكمة الجنايات يجعل من حق المتهم ألا توقع عليه محكمة الجنح عقوبة عن الجنحة إذا تبين من التحقيق الذي تجريه أنها مرتبطة بالفعل المكون للجناية المطروحة أمام محكمة الجنايات ارتباطا لا يقبل التجزئة أو أنها لم ترتبط بها وحوكم عنها أمام تلك المحكمة" د. حسن صادق المرصفاوي، مصدر سابق، ص٣٩١.

القاعدة الثالثة: إذا كانت بعض الجرائم المرتبطة تدخل في اختصاص محاكم جزائية (خاصة) والأخرى من اختصاص محاكم جزائية (عادية) فتتولى الفصل فيها المحاكم العادية إلا إذا وجد نص قانوني يوجب الفصل فيها من قبل المحاكم الخاصة وهذا ما أشار له صراحة القانون المصري[1]. وجاء القضاء الجنائي المصري مبيناً وموضحاً الأسباب والدواعي التي جعلت المشرع الجنائي يغلب اختصاص القضاء العادي على القضاء الخاص[2]. في حين أن القانون العراقي قد أشار إلى ذلك ضمناً ومنح المحاكم الجزائية العادية الحق المطلق للنظر في كافة الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص[3]. وهناك من يذهب إلى القول بضرورة تفريق الدعوى في مثل هذه الحالة[4].

ومع ذلك، إذا وقع تنازع في الاختصاص بين جهتين أو أكثر من الجهات أعلاه، عندئذ يحال هذا التنازع إلى أعلى جهة قضائية لتصدر قراراً بتعيين الجهة المختصة وهذا ما أشار له القانون العراقي والمصري[5] وأكثر من ذلك نجد أن

---

(١) نصت المادة (١٨٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على انه "في أحوال الارتباط التي يجب فيها رفع الدعوى عن جميع الجرائم أمام محكمة واحدة، إذا كان بعض الجرائم من اختصاص المحاكم العادية وبعضها من اختصاص محاكم خاصة، يكون رفع الدعوى بجميع الجرائم أمام المحاكم العادية ما لم ينص القانون على غير ذلك".

(٢) حيث قضت محكمة النقض والإبرام المصرية في حكمها المؤرخ في ١٩٥٨/١٢/٢٢ ما يلي "قررت المادة ١٨٣ إجراءات جنائية قاعدة عامة من قواعد تنظيم الاختصاص هي إنه إذا إرتبطت جريمة من الجرائم العادية بجريمة من اختصاص محكمة استثنائية -كجريمة عسكرية- ارتباطاً ضمنياً تتوافر به شروط المادة (٣٢) عقوبات اختصت بنظرهما والقضاء فيهما المحاكم الجنائية العادية، وذلك تغليباً لاختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة على غيرها من جهات القضاء، ولا يخالف هذا الأصل الأحوال التي يتناولها القانون بنص خاص" د. حسن صادق المرصفاوي، مصدر سابق، ص٣٩٢.

(٣) نصت الفقرة (أ) من المادة (١٣٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على انه "المحاكم الجزائية هي محكمة الجنح ومحكمة الجنايات ومحكمة التمييز وتختص هذه المحاكم بالنظر في جميع الدعاوى الجزائية إلا ما أستثني بنص خاص".

(٤) أ. سعيد حسب الله، مصدر سابق، ص ٢٧٦.

(٥) نصت الفقرة (أ) من المادة (٥٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنه "إذا وقع تنازع في الاختصاص بين جهتين أو أكثر من جهات التحقيق فيحال هذا التنازع الى محكمة التمييز لتصدر قراراً

القانون المصري قرر إذا قدمت دعوى عن عدة جرائم مرتبطة إلى جهتين من جهات التحقيق أو الحكم تابعتين لمحكمة ابتدائية واحدة وقررت كل منهما نهائياً اختصاصها أو عدم اختصاصها وكان الاختصاص منحصراً فيهما، عندئذ تكون دائرة الجنح المستأنفة بالمحكمة الابتدائية هي الجهة التي يرفع إليها طلب تعيين المحكمة المختصة بالفصل في الدعوى[١].

وبعد صدور قرار الحكم في الجرائم المرتبطة، فقد أجاز القانون المصري استئناف هذا الحكم حتى وإن كان قسم من هذه الجرائم مما لا تقبل الاستئناف طالما إن القسم الآخر من الجرائم مما يجوز استئنافه، حيث منح الحق لمن له حق الاستئناف بالنسبة لبعض الجرائم المرتبطة أن يستأنفه بالنسبة للبعض الآخر مراعاة لحالة ارتباط الجرائم[٢].

بتعيين الجهة المختصة" مع الاستدلال بالمادة (١٤١) منه والمشار لها في الهامش رقم (١١٠)، والمادة (٢٢٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري "إذا صدر حكمان بالاختصاص أو بعدم الاختصاص من جهتين تابعتين لمحكمتين ابتدائيتين أو من محكمتين ابتدائيتين او من محكمتين من محاكم الجنايات أو من محكمة عادية ومحكمة استثنائية يرفع طلب تعيين المحكمة المختصة الى محكمة النقض".

(١) نصت المادة (٢٢٦) من قانون الاجراءات الجنائية المصري على أنه "إذا قدمت دعوى عن... عده جرائم مرتبطة الى جهتين من جهات التحقيق أو الحكم تابعتين لمحكمة ابتدائية واحدة وقررت كل منهما نهائياً اختصاصها أو عدم اختصاصها وكان الاختصاص منحصراً فيهما، يرفع طلب تعيين الجهة التي تفصل فيها الى دائرة الجنح المستأنفة بالمحكمة الابتدائية".

(٢) نصت المادة (٤٠٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على انه "يجوز استئناف الحكم الصادر في الجرائم المرتبطة بعضها ببعض ارتباطاً لا يقبل التجزئة في حكم المادة (٣٢) من قانون العقوبات، ولو لم يكن الاستئناف جائزاً إلا بالنسبة لبعض هذه الجرائم فقط".

الخـاتمـة

وفي الختام لم يبق شيء يقال، سوى أن ارتباط الجرائم مسألة مهمة وحيوية لا نتلمسها عند دراسة أو قراءة النصوص القانونية العقابية بل عند الدخول إلى الميدان العملي فنجد الصعوبات والإشكاليات التي تثور في مخيلة القاضي (المحكمة) عند تحليل الوقائع المعروضة أمامه وكيفية الوصول إلى خيط يربط بين الجرائم المرتكبة من شخص واحد في إطار مشروع إجرامي واحد.

ومن خلال دراستنا المقارنة لبعض قوانين الدول العربية مع الشريعة الإسلامية وجدنا ما يلي:

١. تُعد نظرية ارتباط الجرائم وتداخل العقوبات من الإنجازات المهمة والمشهود لها لواضعي أسس ومفاهيم التشريع الجنائي (الحديث)، فالتشريع الجنائي الوضعي (القديم) لم يعرف فكرة ارتباط الجرائم بل كان يقوم على قاعدة تعدد الجرائم يؤدي إلى تعدد العقوبات وهكذا، لكننا وجدنا بالمقابل أن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذه النظرية وسماها فقهاء المسلمين (اجتماع الحدود المتجانسة)، لذا يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية أول من عرفت هذه النظرية، إلا أن فكرة ارتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية بنيت على تكرار ذات السلوك المادي المكون للجريمة من جهة، ومن جهة أخرى عدم استيفاء الحق لأيٍ منها. أما فقهاء التشريع الجنائي الوضعي (الحديث) فقد جاءوا بفكرة ارتباط الجرائم بطريقة حابت المجرم على حساب الحق والمجتمع وغضت النظر عن جرائم اقترفها هذا المجرم بحجة أنها مرتبطة مع أخرى أشد عقوبة منها، ولهذا فكثير من هذه الجرائم عقوبتها فقط في قرارات الحكم حبراً على ورق أما في حياتنا الاجتماعية فهي في الواقع مجرد نصوص مكتوبة وإن نص القانون على تجريمها إلا أن معاقبتها لا وجود له.

٢. يمكن القول بأن فكرة ارتباط الجرائم وتداخل العقوبات وجهان لعمله واحدة، ولهذا نجد أن التشريعات الجنائية الوضعية اختلفت حول التسمية الاصطلاحية لها فنجد أن قانون العقوبات السوري والأردني واللبناني والعماني أطلقوا عليها تسمية "إدغام العقوبات" في حين نجد أن قانون العقوبات العراقي والسوداني والمغربي والليبي أطلقوا عليها تسمية "تعدد الجرائم" بينما نجد أن قانون العقوبات التونسي والجزائري وضعوها تحت اسم "ضم العقوبات".

٣. إن ما ورد في النتيجة رقم (٢) أدى إلى اختلاف التشريعات الجنائية الوضعية حول ايراد وضع النص التشريعي لفكرة الارتباط، حيث وجدنا بأن قوانين العقوبات: السوري واللبناني والأردني والعماني والمغربي والجزائري والليبي وضعتها ضمن باب (الجريمة)، في حين وجدنا بأن قانون العقوبات العراقي والسوداني وضعاها في باب (العقوبة) وانفرد قانون العقوبات التونسي بوضعها في باب "الأحكام العامة".

٤. إن نظرية ارتباط (تداخل) الجرائم في الشريعة الإسلامية أوسع مدى منها في التشريع الجنائي الوضعي لأن الأخير لا يعرف الارتباط إلا في حالة واحدة فقط هي ارتكاب المجرم عدة جرائم لغرض واحد وبشرط أن تكون هذه الجرائم مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة وهذه الحالة تشبه إلى حد بعيد الأساس الثاني للارتباط (التداخل) في الشريعة[(١)]. كما أن التشريع الجنائي الوضعي قد خالف الشريعة الإسلامية في الأساس الذي بني عليه الارتباط، فالقانون الوضعي يجعل أساس التداخل ارتكاب الشخص لجرائمه لغرض واحد وأن تكون هذه الجرائم مرتبطة ارتباطاً لا يقبل التجزئة، أما الشريعة الإسلامية فتجعل أساس الارتباط (التداخل) أن تكون عقوبات هذه الجرائم قد وضعت لغرض واحد، وهذا الفرق يجسد الروح التي تسيطر على كل تشريع، فالقانون يجعل نظرية الارتباط خاضعة

---

(١) أنظر ص٥.

للغرض الذي يتوخاه المجرم، أما الشريعة الإسلامية فتجعل نظرية الارتباط (التداخل) خاضعة للغرض الذي توخاه الشارع من التشريع.

٥. إن فكرة ارتباط الجرائم في التشريع الجنائي الوضعي تتفق مع الشريعة الإسلامية فكلاهما يرى أن المجرم كان معذوراً عند ارتكابه للجريمة الثانية (اللاحقة) لأنه لم يكن قد عوقب على الجريمة الأولى (السابقة)، وبالرغم من هذا الاتفاق بين الشريعة والقانون، فإن الشريعة جاءت أدق منطقاً وصواباً من القوانين الوضعية في تطبيق نظرية ارتباط (تداخل) الجرائم حيث لم تطبقها الشريعة على إطلاقها بل طبقتها فقط في حالة الجريمة الواحدة إذا تكرر وقوعها، وفي الجرائم المختلفة التي يجمع بين عقوباتها سبب واحد، وعلة هذا أن لكل جريمة عقوبتها فإذا ارتكب شخص جريمة وتكرر منه وقوعها قبل أن يعاقب على الأولى (السابقة) فمن المعقول التماس العذر للمجرم بأنه لم يعاقب على جريمته الأولى ومن ثم لا معنى لتعدد العقوبات، أما إذا ارتكب المجرم جرائم متنوعة فإن عدم عقابه على إحداها لا يكون ذريعة أو عذراً في ارتكاب الجريمة الثانية لأن كل جريمة محرمة لذاتها ولها عقوبة خاصة، وعقوبة الجريمة الواحدة لم توضع لمنع الجاني عن كل الجرائم بل وضعت لمنعه عن ارتكاب جريمة بالذات، وقد روعي في وضع كل عقوبة اعتبارات وحكمة معينة لا تتوفر في غيرها، فروعي مثلاً في النص على عقوبة السرقة حكمة خاصة لمنع المجرم من السرقة وروعي في عقوبتي الجلد والرجم اعتبارات خاصة لمنع المجرم من ارتكاب الزنا ومن ثم كانت عقوبة شرب الخمر لا تصلح للقتل ولا تجدي في الروع عنها ولا تفيد في منع هذه الجريمة ومن ثم كان المفروض نتيجة لهذا المنطق والتصور أن تتعدد العقوبات في الجرائم المختلفة. أما القانون الوضعي فيخالف الشريعة

الإسلامية في هذه المسألة ويجعل عدم العقاب في جريمة ما عذراً للمجرم في ارتكابه جريمة أخرى وإن اختلفتا[1]. ولهذا توجد علاقة منطقية وتجادلية بين نظرية العقوبة ونظرية ارتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية وعدم وجود مثل هذه العلاقة في التشريع الجنائي الوضعي للاعتبارات المذكورة سلفا.

٦. وتأكيدا لما ورد في النتيجة رقم (٥) نلحظ أن من أهم شروط ارتباط الجرائم في الشريعة الإسلامية وحدة العقوبة من حيث النوع كأن تكون عقوبات كافة الجرائم المرتكبة هي الجلد أو القطع وما شابه ذلك، في حين لا وجود لمثل هذا الشرط في التشريع الجنائي الوضعي (الحديث) لان الأخير لا ينظر للجزاء الجنائي بنظرة خاصة لكل جريمة فتكاد تكون العقوبات السالبة للحرية كالحبس والسجن والأشغال الشاقة شاملة لكافة الجرائم ومهما كان نوعها لان الجزاء الجنائي في التشريع الجنائي الوضعي في معظم الاحيان ليس من جنس الجريمة، لذا كانت فكرة ارتباط الجرائم في التشريع الجنائي الوضعي (الحديث) محصورة في جانب الجرائم المرتكبة من حيث غاية المجرم زائدا عدم قابليتها للتجزئة بحث تصبح في الواقع (جريمة واحدة) و لم يتم النظر الى مسألة العقوبة على اعتبار ان العقوبات واحدة من حيث النو ع في كافة الجرائم.

٧. اجمع الفقهاء المسلمين على أن حكم ارتباط (تداخل) الجرائم هو الاكتفاء بإقامة حد واحد وتقديم استيفاء حق العبد على حق الله ﷻ عموما، إلا الهم اختلفوا في مواضع أخرى ففي جريمة القذف اختلفوا حول حكم قذف جماعة معينة معروفة بأشخاصها في مكان ما ودون أن ينسب القذف إلى أحدهم كذلك اختلفوا حول

---

(١) وفي ذلك نؤيد ونتفق مع ما ذهب إليه – من قبل – الأستاذ عبد القادر عودة، مصدر سابق، جـ١، ص ٧٥١-٧٥٢.

حكم ارتكاب شخص لأكثر من جريمة ذات جنس وسلوك مادي واحد، إلا أن عقوباتها مختلفة كزنا قبل الإحصان وبعد الإحصان[1].

٨. اختلف التشريع الجنائي الوضعي مع الشريعة الإسلامية من زاوية تنفيذ وإقامة الحدود المتجانسة (المتماثلة)، ففقهاء المسلمين اتفقوا على الاكتفاء بإقامة حد واحد بغض النظر عن عدد مرات ارتكاب المجرم للسلوك المادي للجناية، في حين أن التشريع الجنائي الوضعي جعل القاعدة العامة – لمثل هذه الحالة – محاكمة المجرم عن كل تهمة وتنفيذ العقوبات بالتعاقب، إلا إذا كانت هذه الجرائم مرتبطة ببعضها ارتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة وتدخل ضمن مفهوم (المشروع الإجرامي الواحد) عندئذ سيكتفي بتنفيذ العقوبة الأشد، وهذا ما يستبعد عند التماثل بين الجرائم، ففكرة التشريع الجنائي الوضعي تتبلور في الجرائم مختلفة (السلوك المادي) التي يتوقف ارتكابها سلفاً على ارتكاب جرائم أخرى مغايرة لها.

٩. اختلفت التشريعات الجنائية الوضعية حول حكم تنفيذ العقوبات الإضافية (التبعية والتكميلية) والتدابير الاحترازية المترتبة على تداخل (إدغام) العقوبات الأصلية في ثلاثة اتجاهات، فالاتجاه الأول أوجب تنفيذها جميعاً وإن لم تنفذ عقوباتها الأصلية ويمثله قانون العقوبات العراقي والتونسي، والاتجاه الثاني أعطى للقاضي صلاحية الحكم بإدغام أو جمع هذه العقوبات تبعاً لعقوباتها الأصلية المدغمة وحسب ظروف الدعوى ويمثله قانون العقوبات السوري واللبناني والعماني والاتجاه الثالث أجاز ضم (إدغام) هذه العقوبات، إلا إذا رأى القاضي وجوب تنفيذها جميعاً بقرار مسبب ويمثله قانون العقوبات المغربي والجزائري.

١٠. أجمعت التشريعات الجنائية الوضعية – محل الدراسة – على الأخذ بفكرة التعدد المادي للجرائم وتداخل العقوبات عموماً، إلا أنها اختلفت بشأن توضيح

---

(١) انظر ص٣٦.

وبيان فكرة ارتباط الجرائم في اتجاهين فمن خلال استقراء النصوص القانونية المنظمة لها يتبين لنا بأن الاتجاه الأول جاء مفصلاً وموضحاً ومبيناً لشروط الارتباط وماهيته ويمثله قانون العقوبات العراقي والتونسي والليبي أما الاتجاه الثاني الذي جاء مقتصراً ومشيراً فقط إلى حالة تعدد الجرائم دون أن يوضح تحقق ارتباط بينها أو يجمع بينها وحدة الغاية على ارتكابها، بل ترك ذلك إلى اجتهاد القضاء ويمثله قانون العقوبات السوري والأردني واللبناني والعماني والسوداني والإماراتي والجزائري والمغربي والعراقي السابق (البغدادي الملغى).

١١. اختلفت التشريعات الجنائية الوضعية – محل الدراسة – على حكم إغفال القاضي الجنائي النص على تداخل (إدغام) العقوبات أو تنفيذها بالتعاقب في قرار الحكم في اتجاهين، الاتجاه الأول الذي جاء مبيناً لحكم حالة إغفال القاضي بيان إدغام العقوبات أو تنفيذها تباعاً وموضحاً الجهة التي تفصل في الأمر ويمثله قوانين العقوبات لكل من الأردن وسوريا ولبنان والجزائر والمغرب والاتجاه الثاني الذي جاء أكثر توضيحاً من الاتجاه الأول مبيناً ومحدداً المحكمة التي تفصل في هذا الأمر وموجهاً السلطة التنفيذية (إدارة السجن) في كيفية تلافي هذا الإشكال ويمثله قانون الجزاء العماني والاتجاه الثالث الذي سكت عن معالجة هذا الحكم حيث لم يوضح الطريق الواجب اتباعه وتركه لاجتهاد القضاء ويمثله قانون العقوبات التونسي والعراقي والسوداني والإماراتي والليبي.

١٢. اختلفت التشريعات الجنائية الوضعية – محل الدراسة – على تحديد نوعية وماهية الجرائم المرتبطة في اتجاهين، الاتجاه الأول الذي جاء مطلقاً في استعمال لفظة ومصطلح "الجريمة" في نصوصه القانونية ويمثله قانون العقوبات العراقي والسوداني والتونسي والإماراتي والليبي والاتجاه الثاني الذي جاء أكثر تحديداً ودقيقاً في استعمال لفظة ومصطلح "الجناية والجنحة" كشرط أساسي في ارتباط الجرائم ويمثله قانون العقوبات اللبناني والأردني والسوري والعماني والجزائري والمغربي.

١٣. لم يشترط المشرع الجنائي الوضعي وجود اختلاف وتباين بين الأفعال المادية المكونة للجرائم المرتبطة، إلا انه ومن خلال مراجعة أحكام القضاء الجنائي، نجد أن القضاء المصري والعراقي قد اشترطا ضمناً اختلاف الجرائم المرتبطة بحيث تكون - وكحد أدنى- إحداهما ذا سلوك مادي مغاير للأخرى وتأكيد لما ورد في النتيجة رقم (٨) وأكثر ما يتحقق ارتباط الجرائم في جريمة التزوير بقصد الاختلاس والتزوير بقصد استعمال المحرر المزور والبلاغ الكاذب بقصد شهادة الزور واتلاف أموال عقارية بقصد سرقة الأنقاض والتزوير بقصد النهب والاحتيال.

١٤. استقر القضاء الجنائي على اعتبار حالة ارتباط الجرائم من المسائل التقديرية المتعلقة بموضوع الدعوى غير خاضعة للرقابة القضائية طالما إن رأي محكمة الموضوع لا يتعارض مع روح وحكمة المشرع الجنائي عند تنظيمه للنص القانوني المتعلق بارتباط الجرائم.

١٥. وحدة الزمان والمكان ليست شرطاً لازماً لارتباط الجرائم، إلا أن القضاء الجنائي المصري والعراقي اعتبرها في بعض قراراته وحسب ظروف الجريمة والمجرم شرطاً وجوبياً لنكون أمام ما يعرف بمصطلح "الجريمة الواحدة" أو ارتباط الجرائم.

١٦. اجتهد القضاء الجنائي المصري واصطلح على ارتباط الجرائم بمصطلح "الجريمة الواحدة" التي هي قانوناً مجموعة جرائم مستقلة، إلا أنها في الواقع مجموع واحد غير قابل للانقسام موحدة القصد جسدها المشرع الجنائي الوضعي بفكرة ارتباط الجرائم واعتبرها في حكم الجريمة الواحدة هذا من جهة، ومن جهة أخرى وضحت محكمة النقض والإبرام المصرية بعض القواعد الإجرائية للجرائم المرتبطة كالضم الوجوبي للجرائم المرتبطة وحق المتهم في الدفع ببطلان الإجراءات والطعن بقرار الحكم الصادر من المحكمة الجزائية الأقل درجة عن الجريمة الصغرى المتهم بها والمرتبطة بالجريمة الكبرى والمنظورة أمام المحكمة الجزائية الأعلى درجة وفي حالـــــة

عدم ارتباط الجنحة بالجناية، فقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية على اعتبار حكم محكمة الجنايات بالتفريق بينهما من الإجراءات التنظيمية لا يحق للمتهم الدفع ببطلان الإجراءات عند عدم مراعاة محكمة الجنايات لهذا الإجراء.

١٧. عند تنظيم المشرع الجنائي الوضعي الإجرائي للإجراءات الجنائية عند ارتباط الجرائم، لاحظنا أن القانون المصري جاء أكثر تنظيماً وتفصيلاً لإجراءات وقواعد المحاكمة عند ارتباط الجرائم و لم يكتفي بما هو وارد في القواعد العامة من جهة، ومن جهة أخرى جاء بأحكام لم نجد لها مثيلاً في القانون المقارن كانعقاد الاختصاص للمحاكم الجزائية العادية عندما تكون بعض الجرائم المرتبطة من اختصاص محاكم خاصة، وجواز استئناف الحكم الصادر في الجرائم المرتبطة وإن لم يكن قسم منها مما لا يقبل الاستئناف.

١٨. إن ما تقدم من نتائج يؤكد حقيقة مهمة، هي أن التاريخ وعلى مر العصور لم يعرف ما هو أعدل من حكم الشريعة الإسلامية والقاضي المسلم المؤمن على مختلف تفريعاته وتفصيلاته، ولهذا وكمسلمين نناشد واضعي تشريعاتنا الجنائية بالعودة إلى حكم الشريعة الإسلامية السمحة أسوة بالقانون المدني والأحوال الشخصية لانه لا يوجد أعدل من الباري ﷻ مهما وصل إليه مستوى العقل الإنساني من التفكير والتأمل بحيثيات مجتمعاتنا، حيث يبقى قاصراً عن بلوغ ما تصبو إليه من أمان واستقرار، فضلاً عما تقدم، فإن إحصائية بسيطة لمجمل الجرائم المرتكبة أثناء عصر النبي محمد ﷺ وعصر الخلفاء الراشدين ﷺ تؤكد هذه الحقيقة بقلة ما أرتكب من جرائم قياساً على عصرنا الحالي ومجتمعاتنا المتمدنة.

المصادر والمراجع

أولاً. الكتب:

١. القرآن الكريم.

٢. ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز (القسم الجنائي)، ط ١، بغداد: مطبعة الجاحظ، ١٩٩٠.

٣. أحمد الحصري، الحدود والأشربة في الفقه الإسلامي، عمان: مكتبة الأقصى، ١٩٧٢.

٤. د. احمد الكبيسي، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون، ط١، بغداد : مطبعة الإرشاد، ١٩٧١.

٥. أحمد فتحي بهنسي، العقوبة في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية متحررة)، ط٢، القاهرة: مكتبة دار العروبة، ١٩٦١.

٦. جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية، ج٥ (عقوبة – قتل – جرح وضرب) بيروت: دار إحياء التراث العربي، ١٩٧٦.

٧. د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في في قانون الإجراءات الجنائية مع تطوراته التشريعية ومذكراته الإيضاحية وأحكام النقض في خمسين عاماً، ط١، الإسكندرية: منشأة المعارف، ١٩٨١.

٨. شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، المحقق الحلي جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن سعيد الهذلي، بيروت : دار مكتبة الحياة، ١٩٧٨.

٩. أ. سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، موصل : دار الحكمة للطباعة والنشر، ١٩٩٠.

١٠. د. عباس الحسني والسيد كامل السامرائي، الفقه الجنائي في قرارات محاكم التمييز (المدنية — العسكرية — أمن الدولة)، المجلد الثالث (جرائم الاعتداء على الأموال)، بغداد : مطبعة الإرشاد، ١٩٦٩.

١١. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ح٥ (كتاب الحدود)، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٨.

١٢. أ. عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ح١ (القسم العام)، ط١، القاهرة : مطبعة المدني، ١٩٦٣.

١٣. أ. عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ح٢ (القسم الخاص)، ط٢، القاهرة : مطبعة المدني، ١٩٦٤.

١٤. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٧٨هـ، ح٧، ط٢، بيروت : دار الكتب العلمية، ١٩٨٦.

١٥. د. عبد الملك عبد الرحمن السعدي، العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة والقانون (القسم الثاني)، ط٣، الرمادي : دار الانبار للطباعة والنشر، ١٩٨٩.

١٦. المفتش العدلي فاضل محمود، قانون العقوبات البغدادي والتعديلات والحواشي والذيول التي أدخلت عليه لغاية سنة ١٩٤٦ مع مقررات تمييزية، بغداد : مطبعة الصباح، ١٩٤٦.

١٧. أ. كامل السامرائي، قانون العقوبات البغدادي وتعديلاته وذيوله موحداً، بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٦٢.

١٨. شرح فتح القدير للعاجز الفقير، الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٨٦١هـ، حـ٤، ط١، بولاق مصر المحمية: المطبعة الكبرى الأميرية، ١٨٩٥.

١٩. فؤاد زكي عبد الكريم، مجموعة لاهم المبادئ والقرارات لمحكمة تمييز العراق مبوبة حسب مواد قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته، ط١، بغداد: مطبعة اوفسيت سرمد، ١٩٨٢.

٢٠. د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، ط٢، موصل: دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٠.

٢١. د. محمد زكي أبو عامر و د.علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات (القسم العام)، بيروت : الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٤.

٢٢. محمد الطاهر السنوسي، المجلة الجنائية، ط٤، تونس: دار بو سلامه للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٧٦.

٢٣. الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، جزء (العقوبة)، ط١، القاهرة : دار الفكر العربي.

٢٤. د. محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني معلقاً عليه، ط٣، القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٧٩.

٢٥. د. محمد محي الدين عوض، قانون الإجراءات الجنائية السوداني معلقاً عليه، ط٢، القاهرة : مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٨٠.

٢٦. المغْني على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي المتوفى سنة ٣٣٤هـ، الشيخ الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامه المتوفى سنة ٦٣٠هـ، بيروت : دار الكتب العربي للنشر والتوزيع، ١٩٧٢.

٢٧. محمود مطلوب احمد ود. خالد رشيد الجميلي، الفقه الجنائي، بغداد: مطبعة جامعة بغداد، ١٩٨٤.

٢٨. وزارة العدل (المملكة المغربية). القانون الجنائي في شروح، ط١، الدار البيضاء: المطبعة الملكية، ١٩٦٨.

ثانياً. المجلات:

٢٩. مجلة القضاء العراقية، ع ٤(ت١، ت٢، ك١)، ١٩٦٩.

ثالثاً. القوانين:

٣٠. قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة ١٩٧٤.

٣١. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠.

٣٢. قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧/٧٤) لسنة ١٩٧٤.

٣٣. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقية السابق (البغدادي الملغى لسنة ١٩١٨).

٣٤. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.

٣٥. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

٣٦. قانون العقوبات العراقي السابق (البغدادي الملغى).

٣٧. قانون العقوبات اللبناني.

٣٨. قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠.

٣٩. قانون العقوبات السوري.

٤٠. قانون العقوبات التونسي.

٤١. قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٧٤.

٤٢. قانون العقوبات الجزائري لسنة ١٩٦٦.

٤٣. قانون العقوبات الليبي لسنة ١٩٥٣.

رابعاً. المقالات:

٤٤. طه خضير عباس القيسي، الجب والعقوبة، جريدة العراق، ١٩٩٠/٣/٢٤.

Relevance of crimes in Shari'a (Islamic Jurisprudence) and man-made criminal legislations

Legal Counselor. Ali Adnan AL-Feel

Ms. Miami Ali Golmiran – A jurist

Abstract

The theory of relevance of crimes and penalties interrelation is considered a significant achievement of modern criminal law jurists. Thus, it is necessary to shed the light on the concept of "Relevance of Crimes" and the conditions and terms of such relevance with an illustration of the opinions of Islamic jurisprudence and man-made legislations. Additionally, the rules & procedures of trials related to crime relevance issues are also discussed.

Legal principles of acts resulting from Patent rights A comparative study of UAE, Jordanian and French legal systems

Dr. Nouri Hamad Khater
Associate Professor – Transactions Department
Faculty of Shari'a and Law
UAE University

Abstract

Patent rights occupy an eminent position within the intellectual copyrights in general, and the industrial copyrights, in particular. Admitting patent rights resulted in several significant impacts at the legal and economic levels alike. Thus, patent legislations have closely focused on that issue. Among the most important impacts of such an issue are the articles governing the acts based on patent rights. Legislations have identified the basic legal principles governing these acts. Therefore, we find it highly essential to discuss these legislations, explain their principles and compare such basic principles to the general principles of legal acts. This study is based on making a comparison between three legislations, which are: the French, UAE and Jordanian legislations.

Credibility of Genetic Profiling in Establishing Paternity

A legal comparative study

Dr. Fawaz Saleh
Assistant Professor of Civil Law
University of Damascus

Abstract

Genetic profiling offers a new dimension for the possibility of exploring biological truth. It plays an important role in establishing paternity in Western legislation, though two conflicting trends are apparent in this connection: free and restricted.

In both trends, however, proving the biological truth is not the only objective of the legal rules organizing the establishment of paternity. The present study has also indicated that genetic profiling poses a threat to human rights, especially inviolability of the human body. Scientific evidence would certainly help determine paternity through the use of biologically accurate techniques. In the event of disputed paternity, however, genetic profiling has no role in determining the paternity that is more useful for the child: biological or legal. It is incumbent, therefore, to restrict the principle if freedom of proving through genetic profiling. The judge must exercise control over this way of proving, resort to which is to be left to the discretion of the judge himself.

Arab legislation derived from Shariaa (Islamic Law) has not yet dealt with genetic profiling, except for Tunisian law No.75 for 1998. However, the absence of legislation with regard to genetic profiling has not prevented judges from resorting to this means (Lebanese courts, for instance).

Contemporary Islamic jurists differ with regard to establishing or negating paternity by means of genetic profiling. Decisions issued by the Islamic Jurisprudence Academy at its 16th session excluded the use of genetic profiling in the negation of paternity and that it must not supercede ***leaan,*** i.e. the case of a husband negating paternity of a child begotten by a wife he claims to be an adulteress.

Legal principles of acts resulting from Patent rights A comparative study of UAE, Jordanian and French legal systems

Dr. Nouri Hamad Khater
Associate Professor – Transactions Department
Faculty of Shari'a and Law
UAE University

Abstract

Patent rights occupy an eminent position within the intellectual copyrights in general, and the industrial copyrights, in particular. Admitting patent rights resulted in several significant impacts at the legal and economic levels alike. Thus, patent legislations have closely focused on that issue. Among the most important impacts of such an issue are the articles governing the acts based on patent rights. Legislations have identified the basic legal principles governing these acts. Therefore, we find it highly essential to discuss these legislations, explain their principles and compare such basic principles to the general principles of legal acts. This study is based on making a comparison between three legislations, which are: the French, UAE and Jordanian legislations.

Arabic grammar and also in light of their linguistic, legal and traditional denotations.

(4) Texts should be interpreted and understood in light of the significance of their original cause of revealing or occurrence. Many of these texts came into being on specific occasions and for specific reasons, and such a background must be taken into consideration in applying them to present-day situations. Knowledge of the cause generates knowledge of the effect.

(5) Texts should be comprehended in light of the significance of their own context. Words must be related to the entire context in which they occur. They should not be cut off from preceding or subsequent words. By so doing, the text becomes major evidence supporting speaker's intent. However, significance of the context should not be confused with significance or revealing or occurrence; the context certainly influences the text and its meaning(s), while the cause of revealing or occurrence (while helping understand the text) has no impact on the text and meaning(s) thereof.

(6) The text has top be 8undertstood and interpreted in light of their nature of the stage, reality, place and time circumstances. This helps reach good understanding of the text and the viability of its application i9n reality. Time and place may affect verdicts, situations, decisions, objectives and strategies. Thus, they may alter probabilities and invert situations. Consideration of a stage in accordance with time and placer factors had prompted scholars, from the time of the Prophet's Comrades (***Sahaba)*** till now, to change and amend rulings with the change of time, place, conditions, circumstances and traditions.

(7) Texts must be understood in light of the original intent of the Legislator, namely the protection of the total interests of people: their religion, their selves, their minds, their offshoot, and their monies. Therefore, scholars and researchers examining texts with a view to understanding and interpretation thereof musty juxtapose partial texts with the general intent and total rules of Shariaa, so that the verdict may be soundly based on both generalities and particularities relevant to the subject of the text and significance thereof.

As a whole, these seven controls constitute a framework for dealing systematically with legal Islamic texts, and the appropriate application thereof to day-to-day cases and occurrences.

Systematic Controls of Deduction Through Islamic Legal Texts

(An orthodox study)

Dr. Hassan Salem Moqbel Ahmed Al-Addawsi
Associate Professor Department of Jurisprudence and Hadith
Faculty of Shariaa and Law Sanaa University

Abstract

The subject of this paper is of paramount importance because the understanding of the texts of Islamic laws and deduction of provisions therefrom must be undertaken in accordance with systematic controls that help protect researchers and scholars from deviation in reasoning and deduction, and from falling into errors.

To correctly understand, interpret and hence apply such legal texts, these controls must be carefully observed. This paper presents seven such controls and outlines the rules and provisions pertaining to each.

(1) Ascertainment of the authenticity of the text on which a verdict is to be based. This control applies to ***Al-Ahad***, i.e. the Prophet's sayings reported by only one of his comrades (Sahabah) only, because the Quran, and the sayings reported by more than one of the Prophet's comrades ***(motawaterah)*** are utterly authentic.

(2) The text to be studied and consequently used for deduction purposes must be compared with other relevant Quranic and Prophetic texts. The mutual influence of such texts must be examined, especially with regard to their individual significance. Any apparent contradiction must be noted, and the comparison should ultimately lead to the most viable opinion.

(3) The words used in the text must be carefully examined to detect all possible denotations and implications in order to reach sound understanding of the text. Islamic legal texts had been spelled out in Arabic. It is therefore imperative that the words of such texts should be interpreted against an Arabic background and in light of the rules of

12- The author should make the required amendments according to reports initiated by the referees and then he/she must provide the journal with a copy of the amended version.

13- Contributions should be electronically (computer) typed. Three copies should be sent to the editorial board of the journal along with one copy on a floppy disk.

14- The author's CV should be attached to his/her contributions.

15- A one- page abstract in Arabic and English should be submitted with the research.

16- Decision taken about suitability of research for publication shall be communicated to authors within a maximum period of four months from the date papers received by the editorial board.

Publishing Priority:

a - The importance of the topic to UAE society.

b- Date of receipt .

c- Diversity of topics and writers.

Notes:

1- O pinions published in the journal represent a mere expression of the view of their authors and they do not basically reflect the journal's trends.

2- Research articles published in the journal are sequentially arranged subject to technical considerations.

3- Whether published or not, research papers submitted to the journal will not be returned to their authors.

4- The journal has the right to leave out any paper that does not meet the stipulated conditions.

5- The journal does not offer any financial remunerations, unless directly assigned, for published papers, book reviews or any other intellectual contribution.

6- Each author will receive two copies of the journal and 25 reprints of his/her research paper.

II- Publishing Rules:

1- The Journal of Shari'a and Law publishes original, authentic, knowledgeable and in-depth studies related to Islamic jurisprudence (Fiqh) and studies.
2- All contributions are subject to confidential review in accordance with the journal's publishing regulations; this is to ensure attaining quality level research in the area of Shari'a and Law.
3- Authors should carefully observe research rules and values with regard to the proper citation of references, literature and resources.
4- The references & literature used in each page should be clearly cited as footnotes.
5- Research papers including religious texts should be properly and accurately written.
6- Contributions should be free from any linguistic or grammatical errors and they should be appropriately punctuated after the common Arabic style.
7- The author should conclude his/her research with a conclusive assumption, findings and viewpoints.
8- Contributions may be written in Arabic, English or French.
9- A research paper should not exceed 40 pages (normal size papers) to exclude references, figures, pictures and Appendices.
10- Contributions must not be a part of the writer's Ph.D or MA thesis, and must not have been published before in any form or submitted for publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.
11- The author should not send his/her the research paper to any other publisher before receiving the Journal's feed back - positive or negative.

Journal of Sharia and Law
Objectives and Publishing Rules

(a) Journal objectives :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is a specialized, refereed and bi-annual published journal. The objectives of the journal are as follows :

1 - Publishing original articles written by specialists in the fields of Sharia (Islamic Law) and positive law in in order to enrich these two fields.

2- Strengthening the academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the world.

3- Analyzing contemporary issues within the framework of Sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic countries.

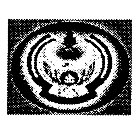
4 - Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of Sharia and law, and in the dissertations submitted to Gulf, Arab, Islamic and international universities all over the world as well as conferences and siminars dealing with humanities and environmental issues as relatd to the above mentioned topics. This is in additton to news about Arabic and Islamic intellectual heritage, religious and legal opinions.

5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

Contents



JOURNAL OF SHARIA &LAW



UNITED ARAB EMIRSTES UNIVERSITY

"A BI-ANNUAL REFEREED ACADEMIC JOURNAL"

ISSUE NO 19/Rabeaa althany 1424 H June 2003

Published by Academic Publication Council UAE University

This Journal is listed in thw "Ulrich's International Periodicals Directory" under record No. 349199

ISSN 1608-1013